

**Die Verfassungsmäßigkeit  
von Ablösesummen im  
Berufsfußball**

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung des  
akademischen Grades eines  
Doktors der Rechte  
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft  
der Westfälischen Wilhelms-Universität  
Münster

Vorgelegt von  
Detlef Schennen  
aus Münster

1984







Digitized by the Internet Archive  
in 2026





Die Verfassungsmäßigkeit  
von Ablösesummen im  
Berufsfußball

Inaugural - Dissertation  
zur Erlangung des  
akademischen Grades eines  
Doktors der Rechte  
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft  
der Westfälischen Wilhelms - Universität  
Münster

Vorgelegt von Detlef Schennen, Münster

1984

Tag der mündlichen Prüfung: 10. 2. 1984

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. Werner Krawietz

Zweitgutachter: Prof. Dr. Albert Bleckmann

Dekan: Prof. Dr. Bernhard Großfeld

|                                                                         |         |
|-------------------------------------------------------------------------|---------|
| Inhalt                                                                  | S.      |
| Literaturverzeichnis                                                    | I - XIX |
| Erster Teil. Die Transferregelung des DFB                               | 1       |
| § 1 Der zugrundeliegende Lebenssachverhalt                              | 1       |
| 1. Ablösesummen als Voraussetzung für die Freigabe bei Spielertransfers | 1       |
| 2. Fragen der Bilanzierung                                              | 7       |
| § 2 Darstellung der Transferregelung                                    | 14      |
| 1. Bindung des Vereins an den DFB                                       | 14      |
| 2. Die Lizenzen des Spielers                                            | 14      |
| 3. Bindung des Spielers an den Verein                                   | 17      |
| 4. Freigabe und Ablösesumme                                             | 18      |
| 5. Höhe der Ablösesumme                                                 | 19      |
| 6. Fristlose Kündigung durch den Spieler                                | 20      |
| 7. Handgelder                                                           | 21      |
| 8. Freie Vereinbarkeit der Ablösesummen                                 | 22      |
| 9. Verfahrensprobleme                                                   | 23      |
| § 3 Ablösesummen als verfassungsrechtliches Problem                     | 25      |
| 1. Probleme rechtsstaatlicher Ausgestaltung des Sportbetriebes          | 25      |
| 2. Anwendbarkeit der Grundrechte                                        | 32      |
| 3. Objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte                         | 34      |
| 4. Abgrenzung gegenüber zivilrechtlichen Problemen und Fragestellungen  | 35      |
| § 4 Differenzierung von Fallgestaltungen                                | 37      |
| 1. Ablösesummen als Voraussetzung für den Vereinswechsel                | 37      |
| 2. Ablösesummen als wirtschaftlicher Wert                               | 39      |
| Zweiter Teil. Ablösesummen als Behinderung des Vereinswechsels          | 40      |
| § 5 Profifußball als Beruf                                              | 40      |
| 1. Definition des Berufsbegriffs                                        | 40      |
| 2. Die Berufsbildlehre                                                  | 44      |



|                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 6 Die Problematik einer privatrechtlichen Wirkung der Berufsfreiheit           | 50  |
| 1. Drittwirkung als Problem des Rechtsverhältnisses                              | 52  |
| 2. Drittwirkung als Problem der Anwendbarkeit von Normen                         | 54  |
| 3. Drittwirkung als Streit der Autoritäten                                       | 59  |
| § 7 Mittelbare und unmittelbare Drittwirkung                                     | 63  |
| 1. Die Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte                                 | 63  |
| 2. Theorien unmittelbarer Drittwirkung                                           | 73  |
| 3. Mittelbare Drittwirkung und Werthorizont der Verfassung                       | 100 |
| 4. Darstellung der Rechtssprechung                                               | 128 |
| § 8 Drittwirkung der Berufsfreiheit des Berufsfußballspielers                    | 140 |
| 1. Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben                                             | 140 |
| 2. Der Begriff des Vereinsverwaltungsaktes                                       | 141 |
| § 9 Drittwirkung der Berufsfreiheit als Auslegungsproblem                        | 146 |
| 1. Art. 12 GG als interpretativer Maßstab zivilrechtlichen Verhaltens            | 146 |
| 2. Vorrang der Verfassung                                                        | 151 |
| 3. Die funktionale Bedeutung der Verfassung                                      | 151 |
| 4. Schutzfunktion des Art. 12 GG                                                 | 154 |
| § 10 Rechtsverletzung durch Verweigerung der Freigabe                            | 157 |
| 1. Self-restraint und Methodenwahl                                               | 157 |
| 2. Differenzierung nach Fallgestaltungen                                         | 158 |
| § 11 Schranken der Berufsfreiheit der Spieler                                    | 179 |
| 1. Die Schrankensystematik der Berufsfreiheit                                    | 179 |
| 2. Entgegenstehende Grundrechte des DFB                                          | 189 |
| 3. Entgegenstehende einfache Rechte und Interessen ohne Grundrechtsqualität      | 191 |
| § 12 Grundrechtsverzicht durch den Spieler                                       | 201 |
| 1. Die Berücksichtigung der Vertragssituation im Rahmen des Grundrechtsverzichts | 201 |
| 2. Die Zulässigkeit eines Grundrechtsverzichts und Lizenzvertrag                 | 202 |

|                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 13 Ablösesummen und Menschenwürde                                           | 215 |
| 1. Objektivrechtliche Bedeutung der Menschenwürde                             | 215 |
| 2. Grundrechtsqualität der Menschenwürde                                      | 216 |
| § 14 Wirkung der Menschenwürde gegenüber dem DFB                              | 226 |
| § 15 Verletzungstatbestände der Würde der Spieler                             | 234 |
| 1. Menschenhandel und Sklaverei                                               | 234 |
| 2. Leibeigenschaft und personengebundene Abhängigkeit                         | 236 |
| 3. Funktionale Äquivalenz zur Leibeigenschaft                                 | 238 |
| 4. Der Spieler als Objekt des Handelns der Vereine                            | 241 |
| 5. Unterdrückung der Selbstdarstellung                                        | 246 |
| 6. Würdeverletzung durch entwürdigende Sprache                                | 258 |
| § 16 Uneinschränkbarkeit und Verzichtbarkeit der Menschenwürde                | 260 |
| 1. Uneinschränkbarkeit der Menschenwürde in privatrechtlichen Kollisionslagen | 260 |
| 2. Unverzichtbarkeit der Menschenwürde durch Verträge                         | 262 |
| Dritter Teil. Ablösesummen als wirtschaftlicher Wert                          | 267 |
| § 17 Ablösesummen als wirtschaftlicher Wert in Vereinsbilanzen                | 267 |
| 1. Bilanzierung von Ablösesummen und Menschenwürde                            | 267 |
| 2. Verbale Gleichstellung von Menschen und Sachen                             | 270 |
| § 18 Abtretung der Ablösesummen an Dritte                                     | 272 |
| 1. Abtretung an Banken                                                        | 272 |
| 2. Abtretung an Mäzene und Sponsoren                                          | 273 |
| 3. Verstärkung der Abhängigkeit der Spieler                                   | 275 |
| 4. Rechtsverletzungen durch Mäzene, Förderer oder Sponsoren                   | 276 |
| § 19 Personale Macht des Mäzens über den Spieler                              | 277 |
| § 20 Dingliche Verfügungsmacht des Mäzens über den Spieler                    | 281 |
| 1. Abtretung als Wechsel der Forderungsinhaberschaft                          | 281 |
| 2. Rechtsverhältnis zwischen Spieler und Zessionar                            | 282 |
| 3. Funktionale Äquivalenz zur Leibeigenschaft                                 | 283 |
| 4. Differenzierung nach Fallgruppen entwürdigender Machtanmaßung              | 286 |

## Literaturverzeichnis

- Abendroth, Wolfgang      Diskussionsbeitrag zur Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8 (1950), 161 f.
- Achterberg, Norbert      Antinomien verfassungsgestaltender Grundentscheidungen, Der Staat 1969, 159 ff.  
                                  Das nachträgliche Wettbewerbsverbot in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1975, 713 ff.  
                                  Die Gesellschaftsbezogenheit der Grundrechte, in: Recht und Gesellschaft, Festschrift für Helmut Schelsky, Berlin 1978, S. 1 ff.  
                                  Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung. Prolegomena zu einer Rechtsverhältnistheorie, Rechtstheorie 1978, 385 ff.  
                                  Schlußwort, JZ 1976, 440 ff.
- Adler-Düring-Schmalz      Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts. Ausgewählte Abhandlungen 1960 - 1980, Berlin 1980
- Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, Handkommentar, 4. Aufl., 1968
- Aicher, Josef      Grundfragen der Staatshaftung bei rechtmäßigen hoheitlichen Eigentumsbeeinträchtigungen, Berlin 1978
- Alberts, Hans-W.      Der bestechliche Fußballspieler, JuS 1972, 590 ff.
- Amelung, Knut      Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes. Eine Untersuchung im Grenzbe-  
                                  reich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, Berlin 1981
- Apelt, Willibald      Betrachtungen zum Bonner Grundgesetz, NJW 1949, 481 ff.
- Asam, Manfred      Kommunale Folgelasten und ihre Abwälzung durch Vertrag, BayVBl 1967, 186 ff.
- Bachof, Otto      Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 193 ff.  
                                  Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, Bd. III, erster Halbband, Berlin 1958, S. 155 ff.
- Badura, Peter      Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes, AöR 98 (1973), 153 ff.
- Bauernfeind, Heinz      Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18.9.1958, NJW 1959, 379
- Baumbach-Duden      Handelsgesetzbuch. Kommentar, 24. Aufl., München 1980

## II

- Baumbach-Hefermehl Wettbewerbsrecht. Kommentar, 13.Aufl., München 1981
- Bender, Bernd ~ Haftung der öffentlichen Hand und Grundrechtsbindung des Privatrechts, NJW 1975, 1813 ff.  
Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 1957, 593 ff.
- Bethge, Herbert Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, München 1977
- Bettermann, Karl August Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92 (1967), 496 ff.  
Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit, JZ 1964, 601 ff.  
Grenzen der Grundrechte, Berlin 1968
- Blaesing, Heiner Grundrechtskollisionen, Diss., Bochum 1974
- Bleckmann, Albert Allgemeine Grundrechtslehren, Köln, Berlin, Bonn, München 1979  
Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung VerwArch 63 (1972), 404 ff.
- Blödorn, Manfred Fußballprofis - Die Helden der Nation, Hamburg 1974
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang Grundrechtsgeltung gegenüber Trägern gesellschaftlicher Macht?, in: Freiheit in der sozialen Demokratie, Karlsruhe 1975, S. 77 ff.  
Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 ff.
- Boehmer, Gustav Erbrecht, in: Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954, S. 401 ff.
- Börner, Lothar Berufssportler als Arbeitnehmer, Darmstadt, ohne Jahresangabe
- Bonner Kommentar Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Hamburg Stand 1982
- Bosch, Friedrich Wilhelm und Habscheid, Walther J. Vertragspflicht und Gewissenskonflikt JZ 1957, 297 ff.
- Bosse, Wolfgang Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, Berlin 1974
- Brockhaus - Enzyklopädie Elfter Band, Wiesbaden 1970,  
Siebzehnter Band, Wiesbaden 1973



- Buchner, Herbert Die Rechtsstellung der Lizenzspieler, NJW 1976, 2242 ff.
- Bullinger, Martin Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962  
Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im Leistungsintensiven Gemeinwesen, in: Gedächtnisschrift Hans Peters, Berlin, Heidelberg, New York 1967
- Buri, Eugen Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 24.9.1970, NJW 1971, 468
- Burmeister, Joachim Sportverbandswesen und Verfassungsrecht, DÖV 1978, 1 ff.
- Bydlinski, Franz Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht, UZöR 12 (1962/63), 423 ff.
- Coing, Helmut Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.5.1974, JZ 1954, 700
- Conrad, Dieter Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung, Berlin 1965
- Dahm, Georg Deutsches Recht, 2. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1963
- Delbrück, Jost Quo vadis, Bundesverfassungsgericht? - Überlegungen zur verfassungsrechtlichen und verfassungsfunktionalen Stellung des Bundesverfassungsgerichts, in: Recht im Dienst des Friedens, Festschrift für Eberhard Menzel, Berlin 1975, S. 83 ff.
- Dietz, Rolf Die Koalitionsfreiheit, in: Die Grundrechte, Bd. III, 1. Halbbd., S. 417 ff., Berlin 1958
- Doehring, Karl Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Frankfurt 1980
- Dörner, Heinrich "Mängelhaftung" bei Sperre des transferierten Fußballspielers? - BGH, NJW 1976, 565, Jus 1977, 225 ff.
- Dreier, Rolf Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: Probleme der Verfassungsinterpretation, Dokumentation einer Kontroverse, herausgegeben von Ralf Dreier und Friedrich Schwegmann, Baden-Baden 1976, S. 13 ff.
- Dürig, Günter Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AöR 79 (1953/54), 57 ff.  
Das Eigentum als Menschenrecht, ZGesStW 109 (1953), 326 ff.  
Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde AöR 81 (1956), 117 ff.

- Dürig, Günter  
Die Menschengauffassung des Grundgesetzes, JR 1952, 259 ff.  
Freizügigkeit, in: Die Grundrechte, Band II, Berlin 1954, S. 507 ff.  
Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift für Nawiasky, München 1956  
Grundrechtsverwirklichung auf Kosten von Grundrechten, in: Summum ius - summa iniuria, Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben, Tübingen 1963, S. 80 ff.  
Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, 193 ff.  
Zum "Lüth-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958, DÖV 1958, 194 ff.
- Echterhölter, Rudolf  
Grundrechte und Privatrecht, BB 1973, 393 ff.
- Eckhold-Schmidt, Fridel  
Legitimation durch Begründung, Berlin 1974
- Egerer, Jürgen  
Der Plangewährleistungsanspruch, Baden-Baden 1971
- Emmerich, Volker  
Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1969
- Erbel, Günter  
Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, Berlin, Heidelberg, New York 1966
- Erichsen, Hans-Uwe  
Besonderes Gewaltverhältnis und Sonderverordnung, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift f. Hans J. Wolff, München 1973, S. 219 ff.  
Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive, VVDStRL 35 (1977), 171 ff.  
Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 62 (1971), 181 ff.  
Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 2. Aufl., München 1976  
Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, München 1977
- Erichsen - Martens  
Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Berlin, New York 1981
- Ernst, Rolf  
Die Ausübung der Vereinsgewalt dargestellt an den Befugnissen des Deutschen Fußballbundes, Diss., Köln 1969
- Esser, Josef  
Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1964  
Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1970

- Eyermann - Fröhler      Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar. 8. Aufl., München 1980
- Fleiner, Fritz      Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928
- Forsthoff, Ernst      Lehrbuch des Verwaltungsrechts, erster Band, allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973
- Frank, Götz      Wichtigkeit des substituierenden Verwaltungsvertrages nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), DVBl 1977, 681 ff.
- Friesenhahn, Ernst      Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), Teil F/G, München 1974, S. G 1 ff.
- Fritze, Ulrich      Wettbewerb und Grundrecht der freien Meinungsäußerung, NJW 1968, 2358 ff.
- Fröhler - Kormann      Kommentar zur Gewerbeordnung, Heidelberg 1978
- Futter, Werner      Energieversorgungsverträge und Monopolißbrauch, BB 1978, 935 ff.
- Galperin, Hans      Gleicher Lohn für Männer und Frauen, JZ 1956, 105 ff.
- Gamillscheg, Franz      Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 1964 (1964), 385 ff.
- Geiger, Willi      Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951. Kommentar, Berlin, Frankfurt 1952
- Grundrechte und Rechtsprechung mit dem Text der Grundrechte im Anhang, München 1959
- Gentz, Manfred      Die Unverletzlichkeit der Wohnung. Artikel 13 des Grundgesetzes, Berlin 1968
- Gierke, Otto      Das deutsche Genossenschaftsrecht, Berlin 1868
- Deutsches Privatrecht, Band 1, Leipzig 1895
- Giese, Friedrich      Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 1. Aufl., Frankfurt 1949
- Göhner, Reinhard      Verfassungsrechtliche Voraussetzungen für die Willensbildung in privatrechtlichen Interessenverbänden, DVBl 1980, 1033 ff.
- Göldner, Detlef      Gesetzmäßigkeit und Vertragsfreiheit im Verwaltungsrecht, JZ 1976, 352 ff.
- Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1969
- Goerlich, Helmut      Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1973

- Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl.,  
 Göttingen 1973  
 Der rechtswidrige verwaltungsrechtliche Vertrag,  
 DVV 1973, 298 ff.  
 Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages,  
 JuZ 1970, 1 ff.
- Asyle, Frankfurt 1972  
 Wir alle spielen Theater. Die Selbstdarstellung  
 im Alltag, 2. Aufl., München 1973
- Meineschke, Hellmut, "Der Staat und die Plakette",  
 BayVBl 1980, 358 ff.
- Allgemeine Wehrpflicht und Menschenwürde,  
 Berlin 1982
- Demokratietheorie in der Sackgasse, in: Öffent-  
 liches Recht und Politik, Festschrift für Hans  
 Ulrich Scupin, Berlin 1973, S. 107 ff.
- Bilanzrecht, Heidelberg, Karlsruhe 1978
- Sittenwidrigkeit im Gewerberecht, DVBl 1982,  
 984 ff.
- Theorie und Praxis, 3. Aufl., Frankfurt 1974
- Vereinsrecht und staatliche Gerichtsbarkeit,  
 in: Sport und Recht, herausgegeben von Friedrich-  
 Christian Schroeder und Hans Kauffmann, Berlin,  
 New York 1972, S. 158 ff.
- Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat.  
 Die Numerus-clausus-Entscheidung vom 18.7.1972,  
 DVV 1972, 729 ff.  
 Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2  
 Grundgesetz, Karlsruhe 1962  
 Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972),  
 42 ff.  
 Menschenwürde und Verfassung, Rechtstheorie 1980,  
 389 ff.  
 Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien  
 zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesell-  
 schaft, Berlin 1978  
 Verfassungstheorie ohne Naturrecht, AöR 99 (1974),  
 437 ff.
- Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,  
 Kommentar, 1. Aufl., Berlin, Neuwied 1956  
 Die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung im  
 wirtschaftlichen Bereich, BB 1955, 105 ff.



## VII

- Hamann - Lenz                      Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Neuwied, Berlin 1970
- Hamel, Walter                      Deutsches Staatsrecht, Band I, Grundbegriffe, Berlin 1971  
                                          Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957
- Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band II, herausgegeben von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Berlin 1978
- Harig - Kühn                        Netzer kam aus der Tiefe des Raumes, München 1974
- Hauber, Hermann                  Steuerrecht der Vereine, 2. Aufl., Ludwigshafen 1970
- Henke, Wilhelm                    Das subjektive öffentliche Recht im System des öffentlichen Rechts, DÖV 1980, 621 ff.
- Herrmann, Harald                Funktionsgerechtes Privat- und Wirtschaftsrecht für die vereinsrechtlich organisierten Wirtschaftsverbände, AcP 178 (1978), 69 ff.
- Herschel, Wilhelm                Das Arbeitsrecht, in: Die Grundrechte, Band III, erster Halbband, Berlin 1958, S. 325 ff.  
                                          Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, JZ 1967, 727 ff.
- Herzog, Roman                    Der demokratische Verfassungsstaat in Deutschland - Entwicklung und Ausblick, JuS 1969, 397 ff.
- Hesse, Konrad                    Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1980
- Hönsch, Gerhard                Die Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18 GG, Diss., Hamburg 1962
- Horschitz, Harald                Vereinsstrafe - Betriebsstrafe - Vertragsstrafe, dargestellt am Beispiel des deutschen Lizenzfußballers, Heidelberg 1971
- Hubmann, Heinrich              Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Köln, Graz, 1967  
                                          Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 (1956), 85 ff.
- Imboden, Max                    Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958
- Ipsen, Hans Peter                Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit, DV 1949, 486 ff.
- Jellinek, W.                        Die Entlohnung der Frau und Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, BB 1950, 425 ff.
- Jerusalem, Franz W.            Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung, SJZ 1950, 1 ff.
- Kästner, Karl-Hermann        Das Grundrecht des Schülers auf freie Meinungsäußerung, DÖV 1977, 500 ff.

- Kallfass, Wilfried Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz. Darstellung und Würdigung, Frankfurt 1972
- Kern, Eduard Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims, in: Die Grundrechte, Band II, Berlin 1954, S. 51 ff.
- Kiepe, Folkert Entwicklungen beim besonderen Gewaltverhältnis und beim Vorbehalt des Gesetzes, DÖV 1979, 399 ff.
- Kindermann, Hans Aufbau, Aufgaben und Verfahren der Sportgerichte und des Kontrollausschusses des Deutschen Fußball-Bundes, in: Sport und Recht, herausgegeben von Friedrich-Christian Schroeder und Hans Kauffmann, Berlin, New York 1972
- Klatt, Helmut Die arbeitsrechtliche Stellung des Berufsfußball-spielers, Diss., Bielefeld 1976
- Klein, Friedrich Bodenwertzuwachssteuer und Artikel 14 des Grundgesetzes, DÖV 1973, 433 ff.  
Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, ZGesStW 106 (1950), 390 ff.
- Klein, Hans Hugo Die Grundrechte im demokratischen Staat, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1972  
Öffentliche und private Freiheit. Zur Auslegung des Grundrechts der Meinungsfreiheit, Der Staat 1971, 145 ff.
- Kloepfer, Michael Gleichheit als Verfassungsfrage, Berlin 1980  
Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - dargestellt am Beispiel der Menschenwürde, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, Tübingen 1976, S. 405 ff.
- Knack, Hans-Joachim Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG). Kommentar. Köln, Berlin, Bonn, München 1976
- Knobbe-Keuk, Brigitte Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 2. Aufl., Köln 1979
- Koebel, Ulrich Grundrechte und Privatrecht, JZ 1961, 521 ff.
- Koenig, Günther Anmerkung zu LAG Düsseldorf, Urteil vom 7.10.1966, NJW 1967, 846 f.
- Kopp, Ferdinand Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar), 2. Aufl., München 1980
- Krämer, Karl Zur Problematik einer "Talentsichtung", Berlin 1978
- Kraft, Viktor Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre, Wien 1951

- Kratzer, Jakob      Artikel 142 des Grundgesetzes und die Grundrechte in der Bayerischen Verfassung, in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet, München 1952, S. 107 ff.
- Krauss, Detlef      Verbandsmacht und Vereinsrecht, in: Auf der Suche nach Theorie-Praxis-Modellen im Sport, 1974, S. 33 ff.
- Krawietz, Werner    Das positive Recht und seine Funktion, Berlin 1967  
 Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung - Diskussionsbeitrag, VVDStRL 34 (1976), 114 f.  
 Gewährt Art. 1 Abs. 1 GG dem Menschen ein Grundrecht auf Achtung und Schutz seiner Würde?, in: Gedächtnisschrift für Friedrich Klein, München 1977, S. 245 ff.  
 Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, Wien, New York 1978  
 Juristische Methodik und ihre rechtstheoretischen Implikationen, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. II, Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, Düsseldorf 1972, S. 12 ff.  
 Unbestimmter Rechtsbegriff, öffentliches Interesse und gesetzliche Gemeinwohlklauseln als juristisches Entscheidungsproblem, Der Staat 1972, 349 ff.  
 Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?, ÖZöR 23 (1972), 47 ff.  
 Welche Methode lehrt die juristische Methodenlehre?, JuS 1970, 425 ff.  
 Zum Paradigmenwechsel im juristischen Methodenstreit, Rechtstheorie, Beiheft 1: Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Berlin 1979, S. 113 ff.
- Krebs, Walter      Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, Berlin 1975
- Krüger, Herbert      Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), 109 ff.  
 Die Verfassung als Programm der nationalen Repräsentation, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber, Göttingen 1973, S. 95 ff.  
 Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung, NJW 1949, 163 ff.
- Krüger, Hildegard    Die Gleichberechtigung im Arbeitsrecht, NJW 1953, 1772 ff.  
 Grenzen der Zumutbarkeit aus Gewissensgründen im Arbeitsrecht, RdA 1954, 365 ff.  
 Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 1956, 329 ff.

- Künkele, Siegfried Die positivrechtlichen Auswirkungen des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes, Diss., Tübingen 1958
- Lang, Gladys Engel Der Ausbruch von Tumulten bei Sportveranstaltungen, in: Die Soziologie des Sports, hrsg. v. Lüschen und Weis, S. 273 ff., Darmstadt, Neuwied 1976
- Langner, Albrecht Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik, Diss., Köln 1969
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1969
- Laufke, Franz Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Festschrift für Heinrich Lehmann, 1. Band, herausgegeben von H. C. Nipperdey, Berlin, Tübingen, Frankfurt 1956, S. 145 ff.
- Lautmann, Rüdiger Wert und Norm, 2. Aufl., Opladen 1971
- Leibholz, Gerhard Prinzipien der Verfassungsinterpretation - Diskussionsbeitrag, VVDStRL 20 (1963), 117 ff.
- Leibholz - Rinck Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, Loseblattsammlung, Köln Stand 1982
- Leibholz - Rupperecht Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Rechtsprechungskommentar, Köln 1968
- Leisner, Walter Grundrechte und Privatrecht, München 1960
- Lerche, Peter Rezension, JZ 1973, 187 f.
- Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, Berlin, Köln 1953
- Lessmann, Herbert Die öffentlichen Aufgaben und Funktionen privatrechtlicher Wirtschaftsverbände, Köln, Berlin, Bonn, München 1976
- Lindemann Körper und Name des Menschen, DVBl 1957, 37 ff.
- Lisken, Hans F. "Die Würde des Menschen ist unantastbar." Menschenwürde im juristischen Alltag, Frankfurter Hefte 1979 Nr. 12, S. 13 ff.
- Löhning, Bernd Der Vorbehalt des Gesetzes im Schulverhältnis, Berlin 1974
- Löw, Konrad Ist die Würde des Menschen im Grundgesetz eine Anspruchsgrundlage?, DÖV 1958, 516 ff.
- Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit, München 1970
- Luhmann, Niklas Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AöR 94 (1969), 1 ff.
- Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965

- Luhmann, Niklas      Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969  
 Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems, Der Staat 1973, 1 ff., 165 ff.  
 Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 1, 1970, S. 175 ff.  
 Rechtssoziologie, Reimbek 1972  
 Soziologische Aufklärung, Band 1, Köln, Opladen, 1970
- Maihofer, Werner      Ideologie und Recht, Juristische Vorbemerkungen zum Thema, in: Ideologie und Recht, Frankfurt am Main 1969, S. 1 ff.
- Majewski, Otto      Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht? Zur Problematik der sogenannten Gesetzesmäßigkeit der Verfassung, Berlin 1971
- Mallmann, W.      Menschenwürde und "gute Sitten", JZ 1951, 27 f.
- von Mangoldt-Klein      Das Bonner Grundgesetz (Kommentar), Bd. I, 2. Aufl., Berlin, Frankfurt, unveränderter Nachdruck 1966
- Maunz-Theodor      Deutsches Staatsrecht, 23. Aufl., München 1980  
 Verfassungsaufträge an den Gesetzgeber, BayVBl 1975, 601 ff.
- Maunz-Dürig-Herzog-Scholz      Grundgesetz. Kommentar. (Loseblattsammlung), München, Stand 1982
- Maunz-Sigloh-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer      Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Loseblattkommentar, München, Stand 1982
- Menger, Christian-Friedrich      Zum Koppelungsverbot bei öffentlich-rechtlichen Verträgen, VerwArch 64 (1973), 203 ff.
- Merten, Detlef      Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.4.1972, NJW 1972, 1799
- Meyer - Borgs      Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar), 1. Aufl., Frankfurt 1976
- Meyer - Cording, Ulrich      Die Vereinsstrafe, Tübingen 1957
- Meyer - Hesemann, Wolfgang      Die Zulässigkeit gesetzesinkongruenter verwaltungsrechtlicher Vergleichsverträge und Prozeßvergleiche, DVBl 1980, 869 ff.  
 Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Heidelberg, Karlsruhe 1981
- Michel, Helmut      Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, 274 ff.



- Mitteis - Lieberich  
Müller, Friedrich  
Müller, Gerhard  
Münch, Fritz  
von Münch, Ingo  
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, München 1978  
von Mutius, Albert  
Nawiasky, Hans  
Neumann - Duesberg, Horst  
Nicklisch, Fritz  
Niethammer, Rüdiger  
Nikisch, Arthur  
Nipperdey, Hans Carl
- Deutsche Rechtsgeschichte, 16. Aufl., München 1981  
Die Positivität der Grundrechte, Berlin 1969  
Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, Berlin 1969  
Juristische Methodik, 2. Aufl., Berlin 1976  
Normstruktur und Normativität, Berlin 1966  
Drittwirkung von Grundrechten und Sozialstaatsprinzip, RdA 1964, 121 ff.  
Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung, Bonn 1952  
Die Grundrechte der Strafgefangenen, JZ 1958, 53 ff.  
Grundgesetz - Kommentar, Band 1, München 1975  
Grundrechte als "Teilhaberrechte" - zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des "numerus clausus", VerwArch 64 (1973), 183 ff.  
Zulässigkeit und Grenzen verwaltungsrechtlicher Verträge über Kommunale Folgelasten, VerwArch 65 (1974), 201 ff.  
Zur Staatshaftung bei Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private, VerwArch 64 (1973), 433 ff.  
Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart, Köln 1950  
Anmerkung zu BAG, Urteil v. 24.1.1963, JZ 1964, 135 ff.  
Dokumentarfernsehsendung "Soldatenmord von Lebach" unter persönlichkeitsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Aspekten, JZ 1973, 261 ff.  
Der verbandsrechtliche Aufnahmезwang und die Inhaltskontrolle satzungsmäßiger Aufnahmевoraussetzungen, JZ 1976, 105 ff.  
Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer künftigen Pachtpreisbindung im Kleingartenrecht, DVB1 1980, 906 ff.  
Arbeitsrecht, Erster Band, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Tübingen 1961  
Boykott und freie Meinungsäußerung, DVB1 1958, 445 ff.  
Die Würde des Menschen, in: Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954, S. 1 ff.

# XIII

- Nipperdey, Hans Carl  
 Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Grundrechte, 4. Band, 2. Halbband, Berlin 1960, S. 741 ff.  
 Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung. Ein Beitrag zur Auslegung der Grundrechte, RdA 1950, 121 ff.  
 Grundrechte und Privatrecht. Eine Universitätsrede, 1962  
 Grundrechte und Privatrecht, in: Festschrift für Erich Molitor, München, Berlin 1962, S. 17 ff.
- Oestreich, Gerhard  
 Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss, Berlin 1968
- Ossenbühl, Fritz  
 Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum, DÖV 1976, 463 ff.  
 Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung, DVBl 1974, 541  
 Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DÖV 1965, 649 ff.  
 Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, 801 ff.  
 Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., München 1978  
 Versammlungsfreiheit und Spontandemonstration, Der Staat 1971, 53 ff.
- Palandt  
 Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. 40. Aufl., München 1981
- Pestalozza, Christian  
 Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, DÖV 1974, 188 ff.  
 Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat, 1963, 425 ff.  
 Privatverwaltungsrecht: Verwaltungsrecht unter Privaten, JZ 1975, 50 ff.
- Peters, Hans  
 Auslegung der Grundrechtsbestimmungen aus der Geschichte, in: Historisches Jahrbuch, Band 72 (1953), S. 457 ff.  
 Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung, Berlin, Heidelberg, New York 1969
- Pietzker, Jost  
 Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat 1978, 527 f.
- Podlech, Adalbert  
 Wertentscheidungen und Konsens, in: Rechtsgeltung und Konsens, herausgegeben von Günter Jakobs, Berlin 1976, S. 9 ff.  
 Wertungen und Werte im Recht, AöR 95 (1970), 185 ff.

- Poschenrieder, Franz-Joachim Sport als Arbeit. Konsequenzen aus arbeitsrechtlicher Sicht unter Einbeziehung der Grundrechte, Diss., München 1977
- Preis, Bernd Der Lizenzspieler im Bundesligafußball, Frankfurt 1973  
Die Sportgerichtsbarkeit des Deutschen Fußballbundes (DFB) und die "Bestechungsfälle" in der Bundesliga, DB 1971, 1570 ff.
- Prümm, Hans Paul Verfassung und Methodik, Berlin 1977
- Ramm, Thilo Die Freiheit der Willensbildung, Stuttgart 1960  
Die Rechtsprechung des BAG, JZ 1966, 214 ff.  
Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, JZ 1964, 582 ff.  
Die Rechtswirkung der Anfechtung des Arbeitsvertrages, AuR 1963, 97 ff.
- Raubaal, Reinhard Der Bundesligaskandal, Berlin 1972
- Redeker- von Oertzen Verwaltungsgerechtsordnung. Kommentar. 7. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1981
- Reichenbaum, Werner Grundrechte und soziale Gewalten, Diss., Köln 1962
- Reichert - Dannecker - Kühn Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 2. Aufl., Neuwied, Darmstadt 1977
- Reimers, Walter Das Grundgesetz und das Privatrecht, MDR 1967, 533 ff.  
Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, Hamburg 1959
- Reiss, Günter Die Strafgewalt der Vereine, Diss., Köln 1968
- Reuter, Dieter Die freie Wahl des Arbeitsplatzes - ein nicht realisierbares Grundrecht?, RdA 1973, 345 ff.
- Ridder, Helmut Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1960
- Rinck, Hans - Justus Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Gleichheitssatz in der Bundesrepublik, der Schweiz, Österreich, Italien, den USA und Indien, JöR 10 (1961), 269 ff.
- Rösch, Heinz-Egon Ist das noch Sport?, Freiburg 1972
- Rüfner, Wolfgang Grundrechtskonflikte, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band 2, Tübingen 1976, S. 453 ff.  
Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte, Der Staat 1968, 41 ff.

Rupp, Hans Heinrich

Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92, (1967), 212 ff.

Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1973, 1769 ff.

Die "öffentlichen" Funktionen der Verbände und die demokratisch-repräsentative Verfassungsordnung, in: Macht und ökonomisches Gesetz, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N. F., zweiter Halbband, Berlin 1973, S. 1251 ff.

Freiheit und Partizipation, NJW 1972, 1537 ff.

Umwelt und Recht, NJW 1972, 16 ff.

Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101 (1976), 161 ff.

Zum "Mephisto-Beschluß" des Bundesverfassungsgerichts, DVBl 1972, 66 f.

Säcker, Horst

Die Rechtsmacht des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber, BayVbl 1979, 193 ff.

Salzwedel, Jürgen

Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: Festschrift für Hermann Jahrreiß, Köln, Berlin, Bonn, München 1964, S. 339 ff.

Samstag, Peter

Der Spielerwechsel im bezahlten Fußball, Diss., Garmisch-Partenkirchen 1970

Schätzel, Walter

Welchen Einfluss hat Art. 3 Abs. 2 des Bonner Grundgesetzes auf die nach dem 24. Mai 1949 geschlossenen Einzelarbeits- und Tarifverträge?, RdA 1950, 248 ff.

Schaub, Günter

Arbeitsrechtshandbuch, 4. Aufl., München 1980

Schaumann, Wilfried

Gleichheit und Gesetzmäßigkeitsprinzip, JZ 1966, 721 ff.

Scheffler, Erna

Ehe und Familie, in: Die Grundrechte, Band IV, erster Halbband, Berlin 1960, S. 245 ff.

Schenke, Wolf-Rüdiger

Der rechtswidrige Verwaltungsvertrag nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, JuS 1977, 281 ff.

Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung, NJW 1979, 1321 ff.

Scheuner, Ulrich

Das Grundrecht der Berufsfreiheit, DVBl 1958, 845 ff.

Die Auswanderungsfreiheit in der Verfassungsgeschichte und im Verfassungsrecht Deutschlands, in: Festschrift Richard Thoma, Tübingen 1950, S. 199 ff.

Pressefreiheit, VVDStRL 22 (1965), 1 ff.

Staatszielbestimmungen, in: Festschrift für Forsthoff, München 1972, S. 325 ff.

- Schick, Walter  
 Schlosser, Peter  
 Schmidt, Karl-Heinrich  
 Schmidt, Walter  
 Schmidt-Bleibtreu, Bruno  
 Schmidt-Bleibtreu-Klein  
 Schmidt-Rimpler-Gieseke-Friesenhahn-Knur  
 Schnapp, Friedrich E.  
 Schneider  
 Schneider, Harald  
 Scholz, Rupert  
 Schröder-von Künßberg  
 Schumann, Ekkehard  
 Schuppert, Gunnar Folke  
 Schwabe, Jürgen
- Der Beamte als Grundrechtsträger, ZBR 1963, 67 ff.  
 Prozessuale Fragen um den privatrechtlichen Vereinsverwaltungsakt (I), MDR 1967, 884 ff.  
 Prozessuale Fragen um den privatrechtlichen Vereinsverwaltungsakt (II), MDR 1967, 961 ff.  
 Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit, München 1972  
 Der vertraglich geregelte Fußballsport, RdA 1972, 84 ff.  
 Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, 241 ff.  
 Berufsfreiheit und Steuerrecht, DB 1966, 1148 ff.  
 Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., Neuwied, Darmstadt 1980  
 Die Lohngleichheit von Männern und Frauen, AöR 76 (1950/51), 165 ff.  
 Anmerkung zu VG Saarloius, Urteil vom 12.12.1968, DVBl 1969, 596 ff.  
 Die Arbeitnehmereigenschaft der Sportler, Diss., Köln 1967  
 Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten. Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodelles, Baden-Baden 1979  
 Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 30.8.1968, NJW 1969, 1044 f.  
 Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1. Teil), AöR 100 (1975), 80 ff.  
 Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971  
 Verantwortlichkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), 145 ff.  
 Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Berlin, Leipzig 1932  
 Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Berlin 1963  
 Die öffentliche Aufgabe als Schlüsselbegriff der Verwaltungswissenschaft, VerwArch 71 (1980), 309 ff.  
 Bundesverfassungsgericht und "Drittwirkung" der Grundrechte, AöR 100 (1975), 442 ff.  
 Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. München 1971



- Schwabe, Jürgen "Drittwirkung" und kein Ende, NJW 1973, 229 f.  
Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977  
Über den Wert von Gemeinplätzen für das Drittwirkungsproblem, JR 1975, 13 ff.  
Verfassungswidrigkeit von Wettbewerbsverboten?, JZ 1976, 439 f.
- Seidel, Ulrich Datenbanken und Persönlichkeitsrecht, Diss., Köln 1972
- Serick, Rolf Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band IV, Heidelberg 1976
- Spanner, Hans Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 91, (1966), 503 ff.
- Starck, Christian Die Grundrechte des Grundgesetzes, JuS 1981, 237 ff.  
Regelungskompetenzen im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG und ärztliches Berufsrecht, NJW 1972, 1489 ff.
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einleitung, bearbeitet von Helmut Coing, 12. Aufl., Berlin 1978  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Teil 1d), §§ 328 - 432, bearbeitet v. Hubert Kaduk, 10./11. Aufl., Berlin 1978  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Teil 2, §§ 433 - 610, 11. Aufl., Berlin 1955  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, 5. Teil, §§ 823 - 853, 10./11. Aufl., Berlin 1975
- Stein, Ekkehart Staatsrecht, 7. Aufl., Tübingen 1980
- Steinberg, Rudolf Verfassungspolitik und offene Verfassung, JZ 1980, 385 ff.
- Steinwedel, Ulrich "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht"  
Der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen, Baden-Baden 1976
- Stelkens-Bonk-Leonhardt Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar. München 1978
- Stern, Klaus Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, München 1977  
Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 2, München 1980  
Die Grundrechte des Sportlers, in: Sport und Recht, hrsg. von Schroeder und H. Kauffmann, S. 142 ff., Berlin, New York 1972  
Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArch 49 (1958), 106 ff.

- Stone, Gregory P. Soziale Sinnbezüge des Sports in der Massengesellschaft (am Beispiel des amerikanischen Sports), in: Die Soziologie des Sports, hrsg. v. Lüschen und Weis, S. 132 ff., Darmstadt, Neuwied 1976
- Stree, Walter Gesetzliche Schranken für vertragliche Wettbewerbsverbote, NJW 1954, 1025 f.
- Sturm, Gerd Probleme eines Verzichts auf Grundrechte, in: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, hrsg. von Leibholz, Faller, Mikat, Reis, Tübingen 1974, S. 173 ff.
- Süsterhenn, Adolf Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, in: Festschrift für Nawiasky, München 1956, S. 141 ff.
- Suhr, Dieter Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff?, JZ 1980, 166 ff.
- Entfaltung der Menschen durch die Menschen. Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Übungsgemeinschaften und des Eigentums, Berlin 1976
- Thoma, Richard Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, herausgegeben von Hans Carl Nipperdey, Erster Band, Berlin 1929, S. 1 ff.
- Trockel, Horst Sterbehilfe im Wandel der Zeit, NJW 1975, 1440
- Ule, Carl Hermann Die Grundrechte, DV 1949, 333 ff.
- Ule - Laubinger Verwaltungsverfahrenrecht, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1979
- Vogt, Dieter Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes, Diss., Münster 1960
- Wange, Willy B. Die Profis. Berufssportler - Gladiatoren unserer Zeit, Köln, Frankfurt 1977
- Weiland, Bernd H. Die Rechtsstellung des Lizenzspielers in der Fußball-Bundesliga - zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verbände-Diskussion - Diss., Frankfurt 1980
- Weisemann, Ulrich Sport und Arbeitsrecht, DB 1979, 259 ff.
- Werner, Fritz Sport und Recht, Tübingen 1968
- Wertenbruch, Wilhelm Grundgesetz und Menschenwürde, Köln, Berlin 1958
- Westerkamp, Georg Ablöseentschädigungen im bezahlten Sport, Diss., Münster 1980
- Westermann, Harm Peter Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil v. 26.4.1973, NJW 1973, 2210 f.

## XIX

- Westermann, Harm Peter Die Verbandsstrafgewalt und das allgemeine Recht, Bielefeld 1972  
Zur Legitimität der Verbandsgerichtsbarkeit, JZ 1972, 537 ff.
- Willke, Helmut Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie - Schritte zu einer normativen Systemtheorie, Berlin 1975
- Wintrich, Josef M. Zur Problematik der Grundrechte, Köln, Opladen 1957
- Wittig, Peter Bundesverfassungsgericht und Grundrechtssystematik, in: Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen 1970, S. 575 ff.
- Wöhe, Günter Die Handels- und Steuerbilanz, München 1977
- Wolff, Erik Das Problem der Naturrechtslehre, 3. Aufl., Karlsruhe 1964
- Wolff, Hans Julius Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR, 76, (1950/51), 205 ff.
- Wolff - Bachof Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974  
Verwaltungsrecht II, 4. Aufl., München 1976  
Verwaltungsrecht III, 4. Aufl., München 1978
- Wülfig, Thomas Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, Berlin 1981
- Zippelius, Reinhold Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkung von Grundrechten, DVBl 1956, 353 ff.
- Zöllner, Wolfgang Betriebsjustiz, ZJP 83 (1970), 365 ff.
- Zycha, Adolf Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit, Marburg 1949

## Erster Teil. Die Transferregelung des DFB

### § 1 Der zugrundeliegende Lebenssachverhalt

#### 1. Ablösesummen als Voraussetzung für die Freigabe bei Spielertransfers

Die vorliegende Arbeit setzt sich zum Ziel, die Verfassungsmäßigkeit von Ablösesummen für Berufsfußballspieler zu untersuchen. Dabei soll geprüft werden, inwiefern es nach geltendem Verfassungsrecht zulässig ist, daß Vereine, die Berufsfußballmannschaften unterhalten, die Freigabe eines Spielers von der Zahlung einer Ablösesumme, auch Transferentschädigung genannt, abhängig machen.

Darüber hinaus soll untersucht werden, ob es verfassungsrechtlich zulässig ist, den zukünftigen Anspruch auf Ablösesumme, der bei einem zukünftigen Vereinswechsel des Spielers anfallen wird, als Vermögenswert des Vereins zu aktivieren, zu bilanzieren, zur Kreditsicherung zu verwenden oder an private Dritte abzutreten.

Dabei erweist sich eine verfassungsrechtliche Herangehensweise an sportrechtliche Fragestellungen als in ihren Voraussetzungen begründungsbedürftig. Verbreiteter Usus ist, die Vorgänge im Berufsfußballsport als außerhalb rechtlicher Regelungsbedürftigkeit stehend anzusehen. Zudem ist der zugrundeliegende Lebenssachverhalt, der Berufsfußball, in vielfältiger Weise Gegenstand emotionaler Reaktionen und Identifikationsobjekt breiter Bevölkerungskreise. In breiten Bevölkerungskreisen dürfte daher die Praxis der Ablösesummenzahlungen so sehr auf Ablehnung bis hin zum Vorwurf des Menschenhandels stoßen, so wenig dabei eine verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit der Problematik für möglich, sinnvoll und nötig gehalten wird.

Schließlich sind für den Spielerwechsel im Berufsfußballsport ebenso wie für die Verwertung des Anspruchs auf Ablösesumme durch Vereine und Privatleute, sogenannte Mäzene, eine Vielzahl von Fallvariationen denkbar.

Nach § 29 I Bundesligastatut sind die Vereine der Fußball-Bundesliga berechtigt, die Freigabe eines Spielers für einen neuen Verein von der Zahlung einer Transferentschädigung abhängig zu machen. Hiervon wird in der Praxis des Bundesliga-Spielbetriebes in der überwältigenden Zahl der Fälle Gebrauch gemacht.

- a) Ist die Zahlung von Ablösesummen die Regel, so ist die Höhe dieser Summen in den letzten Jahren kontinuierlich angestiegen, und hat in Einzelfällen Größen erreicht, die allgemein in der Öffentlichkeit als überhöht, (1) ja als anstößig empfunden werden. Im Falle des argentinischen Nationalspielers D. Mradonna wurden DM 20 Mio. gezahlt. Beim Transfer des Nationalspielers Schuster vom 1. FC Köln zu Barcelona wurden DM 3,8 Mio. gezahlt. Der 1. FC Köln verlangte im März 1981 für den Transfer des Nationalspielers Dieter Müller zum VfB Stuttgart DM 1,8 Mio. Hohe Ablösesummen finden sich jedoch nicht nur bei Nationalspielern, sondern auch beim Transfer von Nichtnationalspielern innerhalb der Bundesliga, von der 2. Bundesliga zur Bundesliga und sogar von Amateurvereinen zur Bundesliga.

(1) W. Weyer, MZ v. 13.3.1981

Vor Beginn der Saison 1980/81 wandten folgende Bundesligaver-eine für Ablösesummen insgesamt auf: 1860 München: 2,17 Mio. DM; Bayern München: 2,21 Mio. DM; Hamburger SV: 2,42 Mio. DM; Bayer Uerdingen: 2.02 Mio. DM. (1)

An dieser Praxis entzündet sich die Kritik in Presse und Fernsehen und unter den Zuschauern. (2) Auch die hohen Gehälter der Spieler stoßen jedoch auf Unverständnis und Ablehnung. Ablösesummen und Spielergehälter werden gleichermaßen für die schlechte wirtschaftliche Situation der Vereine verantwortlich gemacht.

- b) Im Zusammenhang mit Geldzahlungen anlässlich des Vereinswechsels eines Spielers ist allgemein nicht von Ablösesumme oder Transferentschädigung, (vgl. die Bezeichnung in §§ 28 - 31 Bundesliga-statut) sondern von Kauf bzw. Verkauf des Spielers die Rede. Der Spieler erscheint dabei als Objekt des Vereins, der mit Spieler-"Käufen" und -"Verkäufen" seine wirtschaftlichen Interessen verfolgt. Doch wird der Spieler erst einmal im Falle des Vereinswechsels als Ware angesehen, so macht diese Verobjektivierung der Person des Spielers, nicht etwa seiner Arbeitskraft, nicht vor dem allgemeinen Spielbetrieb halt. Der Bestand an Spielern eines Vereins wird oft, vor allem von Trainern, als Spielermaterial bezeichnet. Der Spieler ist in den Augen von Trainern und Vereinsvorständen mehr - oder besser weniger - als nur Objekt von Erziehung, er ist Objekt wirtschaftlicher Interessen des Vereins. Bisweilen stehen Spieler, die der Verein für seine Planungen nicht mehr benötigt, "zum Verkauf"; der Verein will mit dem Verzicht auf die weiteren Dienste des Spielers noch wirtschaftlichen Gewinn erzielen. Die Fehlkalkulation, was den sportlichen Bedarf an Spielern angeht, wird dann zum wirtschaftlichen Plusgeschäft. Von einigen Vereinen, wie etwa von Borussia Mönchengladbach und MSV Duisburg, wird wegen zu geringer Zuschauereinnahmen auf Grund eines zu geringen Fassungsvermögens des Stadions und des zu hohen Spielergehalt-niveaus gezielt der "Verkauf" von Spitzenspielern (Fälle Netzer, Simonsen, Jensen, Stielike, Worm, Jara)

(1) Fußball-Woche-Sport-Sonderheft Bundesliga 80/81, S. 36

(2) W. Weyer, MZ v. 13.3.1981



zur wirtschaftlichen Gesundung des Vereins eingesetzt. (1)  
Der gezielte "Spielerverkauf" wird so Mittel wirtschaftlicher Vereinsführung. Umgekehrt dient der "Spielerverkauf" oft als finanzielle Notbremse, um hohe Schulden abzubauen. "Verkauft" wurde auch der Nationalspieler Schuster, der bei Vorstand und Trainer des 1. FC Köln in Ungnade gefallen war. Schuster wurde von Trainer Heddergott kurzerhand nicht mehr aufgestellt, während gleichzeitig sich der Vereinsvorstand um einen Käufer bemühte. Diese Praxis des "Spielerverkaufs" ist als Menschenhandel kritisiert worden (2)

Unterschwellig werden Assoziationen an Sklavenhandel und Leibeigenschaft wach, der Spieler erscheint in einem goldenen Käfig, aus dem auszubrechen ihm um den Preis des Verlustes der eigenen Existenzgrundlage unmöglich ist. Die Gefahr, daß der Fußballprofi als Mensch zur Ware, zum Objekt des Handelns wird, wird beschworen. Hier deutet sich ein Konflikt mit Art. 1 I GG an. Nach verbreiteter Auffassung (3) darf der Mensch nicht zum Objekt und zum bloßen Mittel zu den Zwecken anderer herabgewürdigt werden. Dürig (4) hält Art. 1 I GG für betroffen, wenn der Mensch sozialen Gruppen wie eine Sache "ausgeliefert" ist. Insbesondere werden allgemein Sklaverei und Leibeigenschaft als Verstöße gegen Art. 1 I GG angesehen. (5) Mit den plakativen Begriffen der Entwürdigung des Menschen zum bloßen Objekt ist das Problem allerdings noch nicht gelöst, sondern erst umrissen. Die Formel vom Objektcharakter des Menschen bedarf der Präzisierung und der Differenzierung im Hinblick auf bestimmte Verletzungshandlungen. (6) Sie bezeichnet zunächst nur eine Sichtweise.

(1) vgl. Westerkamp S. 14

(2) vgl. Westerkamp S. 3

(3) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 1 Rdn. 28; BVerfGE 27, 6; Stein § 20 I; Bonner Kommentar-Zippelius, GG, Art. 1 Rdn. 12; Dürig AöR 81 (1956), 127

(4) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 29

(5) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 30; Maunz § 14 II 1; Bonner Kommentar GG Art. 1 Rdn. 12; Nipperdey Die Grundrechte II, S. 27

(6) so auch Erichsen StaatsR I S. 190

Um beim Fußball zu bleiben: Daß die Aktiven im weitesten Sinne Objekt des Interesses der Zuschauer sind, daß sie Mittel zur Unterhaltung und Erbauung sind, dürfte noch keinen Bedenken aus der Sicht des Art. 1 I GG unterliegen. So sieht Lang (1) das Zuschauen als Mittel zur Befriedigung des Bedürfnisses nach Zugehörigkeit an. Das Geschehen auf dem Rasen ermögliche sublimierte Aggression und Identifikation in einer sozialen Gruppe, in der eine gemeinsame "Moral" aufgebaut werde; der Fan könne sich mit dem "Star" identifizieren. (2) Nach Stone (3) werde diese Identifikation vom Sportler gezielt durch seine Kleidung (Trikot) hervorgerufen. Es handelt sich demnach beim Verhältnis Zuschauer-Sportler (4) nicht allein um ein Subjekt-Objekt-Verhältnis, sondern um ein interaktionistisches Verhältnis. In diesem interaktionistischen Verhältnis wird jedoch gerade auch der Sportler Mittel zum Zwecke des Zuschauers, ohne daß mit dieser Feststellung schon die verschiedenen Funktionen des Zuschauens einerseits und des "Sich-zur-Schau-Stellens" (5) andererseits erfaßt sind. Die vielschichtigen sozialen Beziehungen im Sport zeigen, daß der von Dürig (6) geprägte Satz, der Mensch dürfe nicht zum Objekt des Handelns Anderer, zum bloßen Mittel zum Zweck gemacht werden, nicht vorschnell und pauschal auf menschliche Subjekt-Objekt-Beziehungen angewandt werden kann.

Erst Konkretisierung im Einzelfall (7) unter Herausarbeitung von Verletzungstatbeständen vermag die von Dürig (8) geprägte Formel nutzbar zu machen. Ähnlich verhält es sich mit dem Vorwurf, Ablösesummen beinhalteten Menschenhandel. (9) Plakative Begrifflichkeit enthebt nicht davon, die Begriffe des Menschenhandels, der Sklaverei und der Leibeigenschaft als Rechtsbegriffe näher zu analysieren.

(1) Lang, in: Soziologie des Sports, S. 273

(2) Lang, in: Soziologie des Sports, S. 273

(3) Stone, in: Soziologie des Sports, S. 133

(4) zur Funktion des Zuschauens Stone, in: Soziologie des Sports, S. 144

(5) Stone, in: Soziologie des Sports, S. 133

(6) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 28; Dürig AöR 81 (1956), 127

(7) vgl. Erichsen StaatsR I S. 190

(8) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 28; Dürig AöR 81 (1956), 127

(9) Blödorn S. 46; Rösch S. 16; vgl. Westerkamp S. 3

Wenn das LAG Berlin (1) der Auffassung ist, daß Ablösesummen auf einen Verkauf von Spielern hinauslaufen und deshalb gegen Art. I GG verstoßen, so gerät es in die Gefahr, nicht zwischen einem Verkauf i. S. d. § 433 BGB und dem allgemeinen Sprachgebrauch unter Fußballzuschauern und in den Medien zu differenzieren. Allein auf die Möglichkeit, daß zwischen Sprachgebrauch und rechtlicher Qualifizierung ein Unterschied besteht, hätte das LAG Berlin in seiner Entscheidung (2) eingehen sollen. Die Beziehung der Ablösesummenpraxis im allgemeinen Sprachgebrauch als Spielerverkauf läßt zwei Probleme offen. Zunächst ist fraglich, ob durch die Ablösesummenregelung tatsächlich der Spieler i. S. d. § 433 BGB verkauft wird, also Kaufgegenstand eines Kaufvertrages ist. Denkbar ist auch, daß, wenn überhaupt kaufrechtliche Grundsätze in irgendeiner Form Anwendung finden können, Gegenstand des Kaufes nicht der Spieler, sondern die Freigabe, also die durch den DFB und den abgebenden Verein verliehene Berechtigung, den Spieler in Bundesligaspielen einzusetzen, ist. (3) Zum anderen ist in rechtssoziologischer Hinsicht zu problematisieren, inwieweit die Bezeichnung im allgemeinen Sprachgebrauch maßgeblich ist und möglicherweise auf die rechtliche Beurteilung trotz Unterschieden in der Begrifflichkeit zwischen allgemeinem und juristischem Sprachgebrauch durchschlägt. In jedem Falle sensibilisiert ein Sprachgebrauch, der ohne Begriffe wie Spielerverkauf, Spielereinkauf und Spielermaterial nicht mehr auskommt und Ausdruck eines Profifußballbetriebes ist, der ohne diese Begriffe nicht mehr auskommt und das spielerische Moment zugunsten einer wirtschaftlichen Sichtweise verdrängt, in seiner schonungslosen Offenheit, die ihren Ausdruck zuweilen im nicht zu bremsenden Drang von Trainern, aber auch von Vereinsvorständen und Spielern zu Sensationsmeldungen und markigen Sprüchen findet, und Schärfe für die Problematik einer Selbstdarstellung und Selbstverwirklichung der Spieler in Freiheit und Würde. Allein dadurch, daß er die Problematik der fußballerischen Betätigung in Freiheit und Würde (4) des Berufsfußballspielers ins Bewußtsein rückt, hätte der Jargon von Spielerkauf und -verkauf schon seine Funktion erfüllt. Zumindest in dieser Funktion erweist er sich für die rechtliche Bewertung als relevant.

(1) LAG Berlin NJW 1979, 2582

(2) LAG Berlin NJW 1979, 2582

(3) so Westerkamp S. 70 ff, der einen Rechtskauf gemäß §§ 433 I S. 2 BGB annimmt.

(4) zum Verhältnis von Freiheit und Würde Krawietz FS f. Klein S. 287

## 2.) Fragen der Bilanzierung

Die allgemeine Obligkeit der Zahlung von Ablösesummen und ihre Höhe führt zu dem Folgeproblem einer adäquaten Bewältigung in bilanzierungstechnischer Sicht. Es ist üblich, daß Vereine den zukünftigen Anspruch auf Ablösesumme, der entsteht, wenn ein Spieler den Verein verläßt, als Aktivum in der Bilanz aufführen. Aus den erwarteten zu erzielenden Ablösesummen kann der "Wert" einer Mannschaft wenn nicht berechnet, so doch geschätzt werden. Die Summe der erwarteten Ablösesummen dürfte bei Mannschaften der 1. Bundesliga bei mehreren Millionen DM liegen. Nach dem Erlaß des Finanzministeriums NRW vom 26.7.1974 (1) handelt es sich bei der Ablöseentschädigung einkommensteuerrechtlich um die Anschaffungskosten für ein abnutzbares immaterielles Wirtschaftsgut des Anlagevermögens i. S. d. § 7 EStG. Dies führt nach Knobbe-Keuk und Reichert-Dannecker-Kühr (2) dazu, daß die Ablöseentschädigung ein zu bilanzierender Vermögenswert ist. Durch die Ablöseentschädigung werde nicht nur das Recht, den Spieler einzusetzen, sondern auch das Recht, bei einem zukünftigen Vereinswechsel des Spielers eine Ablöseentschädigung zu verlangen, erlangt. (3) Immaterielle Anlagewerte sind aktivierbar, wenn sie verkehrsfähig sind. (4) Damit wird der Akzent auf die Verwertbarkeit der Ablösesummenzahlung als Investition und auf zukünftige Wertsteigerungen gelegt. Die Ablösesummenzahlung wird als immaterieller Anlagewert Optionen und Lizenzen gleichgestellt, die als Rechte, rechtsähnliche Gegenstände oder sonstige Vorteile immaterielle Vermögensgegenstände sind. (5) Der Vermögenswert, der aktiviert wird, ist die zukünftige Forderung auf Erlangung einer Ablösesumme. Zwar wird diese Forderung erst realisiert, wenn der Transfer des Spielers stattfindet, die Forderung ist jedoch bereits vorher in der Person des Spielers individualisierbar. Wegen der unterschiedlichen "Marktverhältnisse" ändert sich die Höhe der erwarteten erzielbaren Ablösesumme und damit der "Wert" des Spielers jedoch ständig.

(1) Erlaß des Finanzministeriums NRW vom 26.7.1974, DB 1974, 2085

(2) Knobbe-Keuk S. 55, Reichert-Dannecker-Kühr Rdn. 1717

(3) Knobbe-Keuk S. 55

(4) Knobbe-Keuk S. 45

(5) Großfeld S. 124

Er unterliegt marktbedingten Schwankungen, mitunter beträchtlichen Wertsteigerungen. Die Vereine suchen diese eingetretenen, aber noch nicht realisierten Wertsteigerungen bilanztechnisch zur Schuldendeckung zu nutzen. Allerdings fordert das Niederstwertprinzip, bei einer Diskrepanz zwischen Zeitwert und Anschaffungspreis den jeweils niedrigeren Wert in die Bilanz einzusetzen. (1) Bei einer Steigerung der zu erwartenden Ablösesummen sämtlicher Spieler etwa im Falle des Aufstiegs in die 1. Bundesliga kann der Verein die eingetretene Wertsteigerung nutzen, indem er die neueren, gestiegenen Werte bilanziert und entsprechend höhere Kredite aufnehmen kann. Führt er die höheren Werte nicht auf, sondern lediglich die alten Werte in Höhe der tatsächlich gezahlten Ablösesummen, so bildet er stille Reserven. (2) Im ersten Fall besteht die Gefahr, daß bei Veränderung der Marktverhältnisse, Sportinvalidität des Spielers oder bei Beendigung der Karriere die der Öffentlichkeit präsentierte "Werts substanz" des Vereins wie ein Kartenhaus zusammenbricht und der Wertverfall als Kettenreaktion das Unvermögen nach sich zieht, die Verbindlichkeiten durch Spielertransfer abzulösen. Auf der anderen Seite sind die Vereine daran interessiert, diese Wertsteigerungen offenzulegen, um nicht in der Öffentlichkeit und gegenüber den Gläubigern als allzu hoch verschuldet zu erscheinen. Angesichts der prekären finanziellen Situation und hohen Verschuldung vieler, selbst sportlich erfolgreicher Vereine - so wies Bayern München als Tabellenzweiter im März 1981 nach Angaben des Vorstandes 4,5 Mill.DM Schulden auf - kann von der Höhe der erzielten Ablösesummen schon für einen Starspieler die Existenz des Vereins abhängen. Unabhängig jedoch davon, zu welchem Wert, zum Anschaffungswert oder zum Zeitwert, ein Spieler bzw. das Recht, den Spieler einzusetzen, in die Bilanz eingestellt wird, erscheint der Spieler in der Bilanz als Vermögenswert, sei es unmittelbar, indem dem Spieler als Person ein Vermögenswert für den Verein zugeschrieben wird, sei es mittelbar, indem das Recht, den Spieler im Spielbetrieb des DFB, der UEFA und der FIFA einzusetzen und einen Vereinswechsel von der Zahlung einer Ablösesumme abhängig zu machen.

(1) Großfeld S. 41, 74; Wöhe S. 56 f

(2) zum Begriff Wöhe S. 91, 160 f; Knobbe-Keuk S. 141; Adler-Düring-Schmaltz § 149 Anm. 103

Die Gefahr, daß der Spieler als Ware angesehen wird, und dadurch gegen Art. 1 I GG verstoßen wird, (1) wird so nicht allein im Moment des "Verkaufs", des Transfers akutell, sondern in jedem Zeitpunkt, in dem der Spieler unter Vertrag steht und, mittelbar oder unmittelbar, als Vermögenswert des Vereins zu Buche steht. Indem dem zukünftigen Anspruch auf Erlangung einer Ablösesumme von den Vereinen Vermögenswert zuerkannt wird, tritt der Wunsch auf, diesen Vermögenswert verkehrsfähig zu machen.

Bei den Vereinen besteht das Bedürfnis, durch Abtretung des Anspruchs auf Ablösesumme sich Liquidität zu verschaffen oder in Zusammenarbeit mit Mäzenen die Verpflichtung eines Spielers erst möglich zu machen.

Die Abtretbarkeit künftiger Forderungen ist nach h. M. in Lit. (2) u. Rspr. (3) grundsätzlich möglich, da der Forderungsübergang lediglich Wirkung, nicht Abschlußtatbestand der Abtretung ist. (4) Die Forderung braucht zum Zeitpunkt der Abtretung nicht bestimmt, sondern lediglich bestimmbar zu sein. (5) Zum Zeitpunkt ihrer Entstehung muß die Forderung zweifelsfrei ermittelt werden können. (6) Diese Voraussetzungen sind für den künftigen Anspruch auf Ablösesumme erfüllt. Durch die Person des Spielers, für dessen Freigabe der Anspruch entsteht, ist der Anspruch bestimmbar. Es kann unzweifelhaft ermittelt werden, für welchen Spieler die Forderung entstanden ist. Damit ist auch vor dem Transfer die Forderung ausreichend konkret bezeichnet. Bedenken könnten sich noch daraus ergeben, daß der Anspruch nicht nur in der Höhe noch nicht feststeht, sondern auch der zukünftige Schuldner noch nicht feststeht, im Extremfall die Forderung, etwa weil der Spieler den Verein nicht wechseln will oder seine Karriere beendet, sogar überhaupt nicht zur Entstehung gelangen kann. Es ist jedoch unschädlich, wenn noch Ungewißheit über den zukünftigen Schuldner besteht. (7) Die künftige tatsächliche Entstehung der Forderung braucht im Zeitpunkt der Abtretung nur möglich, nicht sicher erscheinen. (8)

(1) Blödorn S. 46; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 28 f.

(2) Palandt-Heinrichs BGB § 398 Anm. 3 c; Staudinger-Kaduk BGB § 398 Rdn. 43; Serick IV § 47 I 1

(3) BGHZ 7, 367; BGH NJW 1965, 2197; BAG NJW 1967, 752

(4) BGHZ 30, 240, 32, 369; Palandt-Heinrichs BGB § 398 Anm. 3 c); Serick IV § 47 I 1

(5) BGHZ 7, 367; Palandt-Heinrichs BGB § 398 Anm. 3 d)

(6) BGHZ 7, 369, 70, 89; Palandt-Heinrichs BGB § 398 Anm. 3 d)

(7) BAG NJW 1967, 752; Palandt-Heinrichs BGB § 398 Anm. 3 c)

(8) RGZ 134, 227; Palandt-Heinrichs BGB § 398 Anm. 3 c)



Die künftige Forderung auf Zahlung einer Ablösesumme ist also nach dem Zessionsrecht des BGB abtretbar und somit für die Vereine wirtschaftlich verwertbar. Dementsprechend suchen sich verschiedene Vereine finanziell zu entlasten, indem sie sich von Mäzenen die Ablösesumme für neu verpflichtete Spieler gewähren lassen und als Gegenleistung dazu dem Mäzen den bei weiterem Transfer anfallenden künftigen Anspruch auf Ablösesumme abtreten.

In der Praxis kommen Abtretungen in voller Höhe der künftigen Forderung wie auch nur in Höhe der vom Mäzen gezahlten Summe vor, so daß in letzterem Falle dem Verein eine Wertsteigerung verbleibt, während im ersteren Falle es der Mäzen, der vielfach noch nicht einmal Mitglied des von ihm gesponsorten Vereins ist, ist, der von Wertsteigerungen des Spielers profitiert. Daß diese Wertsteigerungen in erster Linie auf den Leistungen und auf der Tätigkeit des Spielers für den Verein und darüber hinaus auf den sportlichen Erfolgen und Trainingsvorbereitungen des Vereins beruhen, in keiner Weise jedoch auf dem Einsatz oder der Leistung des Mäzens, erweckt Bedenken gegen diese Form der Einschaltung von Mäzenen.

So finanzierte Sponsor Holly die Verpflichtung von 4 Spielern beim TSV 1860 München für die Saison 1980/81. Da er sich die Ansprüche auf Ablösesumme hatte abtreten lassen, wurden Befürchtungen geäußert, daß die betroffenen Spieler zu Holly in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis stehen, und der Vorwurf des Menschenhandels vorgebracht.(1) Hierbei fällt auf, daß die meisten Vereine, die sich zu stark an Mäzen banden, sowohl in wirtschaftliche als auch in sportliche Schwierigkeiten gerieten. TSV 1860 München und 1. FC Nürnberg befanden sich im März 1981 in akuter Abstiegsgefahr. Das finanzielle Engagement der Sponsoren erwies sich als alles andere als ein Allheilmittel für sportlichen Erfolg. Der TSV 1860 München befand sich ferner zu jenem Zeitpunkt in einer akuten wirtschaftlichen Krise. Auch der 1. FC Nürnberg befand sich auf Grund geringer werdender Zuschauerzahlen in finanziellen Schwierigkeiten. Bei Preußen Münster führte während der Saison 1978/79 die Abtretung von Ansprüchen auf Ablösesummen an Privatpersonen die Bilanzierung der zustehenden Ablösesummenansprüche zum jeweiligen Tageswert dazu, daß Vergleich gemäß VerglO angemeldet werden mußte.

(1) Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21 f; WN vom 6.2.1981

In einem Kraftakt gelang es, den Verein vor dem Konkurs zu retten, obwohl wegen des ständig wechselnden Wertes von Ablösesummenansprüchen und derdadurch ständig, oft durch Zufälle und Tagesereignisse, aber auch durch wahrscheinlich willkürlich zu hohe Bewertungen, wechselnden behaupteten Höhe des Vereinsvermögens der alte Vorstand sich mehrmals außer Stande sah, die Höhe der Verbindlichkeiten des Vereins exakt zu beziffern. Zum Konkurs führte für Westfalia Herne, 2. Bundesliga Gruppe Nord, die Bindung an den Mäzen Goldbach. Der Inhaber einer Tankstellenkette hatte jahrelang Westfalia Herne unterstützt, u. a. auch Ablösesummen für neu verpflichtete Spieler bezahlt und sich dafür den künftigen Anspruch auf Ablösesumme abtreten lassen, bevor er wegen hoher Steuerschulden Konkurs anmelden mußte. Im Konkurs des Mäzens Goldbach mußten die ihm gegen den Verein Westfalia Herne zustehenden Forderungen realisiert werden. Der Verein mußte die Goldbach zustehenden Spieler transferieren und stieg in die Amateuroberliga ab. (1) Der Konkurs des Sponsors wirkte sich für einige Spieler als Verlust des Arbeitsplatzes und somit als Abhängigkeitsverhältnis nicht nur gegenüber dem Verein, mit dem sie in arbeitsvertraglichen Beziehungen standen, sondern auch gegenüber einem privaten Dritten aus.

Vereine und Spieler geraten immer stärker in den Sog außenstehender Geldgeber, die aus verschiedenen und rechtlich nicht bewertbaren Motiven heraus "sich" Profimannschaften zu ihrem Privatvermögen "halten". Diese Erscheinung ist nicht auf den Fußballsport beschränkt. Der Schweizer Industrielle Zondler unterstützte jahrelang finanziell den Handballbundesligisten TuS Milbertshofen (München). Aus bis ins letzte nicht aufzuhellenden Gründen heraus, wahrscheinlich aber deshalb, weil ihm verschiedene Dinge in der Vereinsführung persönlich nicht paßten, zog er seine Unterstützung während der laufenden Saison zurück und wandte seine Gunst und sein Geld einem anderen Verein, dem mittlerweile mit seiner Unterstützung aufgestiegenen MTSV Schwabing (München) zu. (2) Obwohl zu ihm nicht in vertraglichen Beziehungen stehend, folgten ihm mehrere Spieler zum neuen Verein. Ohne seine Spitzenspieler geriet der TuS Milbertshofen sofort in akute sportliche Schwierigkeiten und stieg ab.

(1) vgl. WN vom 6.2.1981

(2) Remhold, Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 88 ff.

Abgesehen von den Vorwürfen gegen Zondler, er manipulierte den sportlichen Ablauf und bringe sportfremde Momente ins Spiel, (1) ist an solchen Versuchen, Zonen personaler Abhängigkeit im Sport ohne entsprechende klare vertragliche Grundlage zu errichten, als problematisch anzusehen, daß Spieler wie Anhängsel des Geldgebers von diesem von einem Verein zum anderen gezogen werden.

Daß Selbstlosigkeit und Großzügigkeit im Sport nicht häufiger als in anderen Bereichen der Gesellschaft anzutreffen sind, darf unterstellt werden. Ob die Verfolgung von Eigeninteressen jedoch in dieser Form auf den Rücken anderer ausgetragen werden darf, rückt durch solche Machenschaften in den Blickpunkt des Interesses. Noch stärker als an der Ablösesummenpraxis überhaupt entzündet sich die Kritik an den verschiedenen Spielarten des Mäzenatentums, die als Menschenhandel bezeichnet werden. (2) Auch der Vorwurf der Leibeigenschaft wird erhoben. (3) Die Äußerung von 1860-München-Mäzen Holly, die Spieler Sidka, Klinkhammer, Völler und Schreml seien für ihn Abschreibungsobjekte, (4) verdeutlicht die Problematik der wirtschaftlichen Verwertbarkeit und Übertragbarkeit des Anspruchs auf Ablösesumme ebenso wie seine bilanzmäßige Qualifikation als abnutzbares immaterielles Wirtschaftsgut des Anlagevermögens, das nach § 7 EStG abgeschrieben werden kann. (5) Noch weiter in der Qualifikation der Spieler als Sachen geht Wiskow, (6) der im Zusammenhang mit Abtretungen von Ansprüchen auf Ablösesummen von "Übereignungen des Ablöseswerts von Spielern" und von "Sicherungsübereignungen von Spielern" spricht. Erneut wird die Realität des Profifußballgeschäfts mit der von Dürig geprägten Auffassung konfrontiert, der Mensch dürfe nicht als Objekt behandelt und anderen wie eine Sache ausgeliefert sein. (7) Inzwischen sieht auch der DFB-Vorsitzende Neuberger die eingetretene Entwicklung kritisch. Neuberger vertrat die Auffassung, es müsse verhindert werden, daß Spieler an vereinsfremde Personen als Sicherheit abgetreten werden. (8)

(1) Remhold, Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 88 ff

(2) Wiskow, Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21 f.; WN 6.2.1981 (sid-Meldung); Wiskow, Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 18, S. 55

(3) WN 6.2.1981 (sid-Meldung); Remhold Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 90

(4) zitiert in WN, 6.2.81(sid-Meldung)

(5) gemäß dem Erlaß des Finanzministeriums NRW v. 26.7.1974, DB 1974, 2085

(6) Wiskow, Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21

(7) Dürig AO 81 (1956), 127; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 28; BVerfGE 27,6; Stein § 20 I; Bonner Kommentar-Zippelius, GG, Art. 1 Rdn. 12

(8) zitiert bei Wiskow, Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 18, S. 55

Mögen auch die Gründe für die kritische Einstellung des DFB-Präsidenten mehr in der Bereinigung der Bundesliga vom Einfluß außenstehender Privatleute und dem Schutz der Vereine vor Einmischungen der Geldgeber als in dem Bemühen, die individuellen Rechtspositionen, insbesondere die Grundrechte der Sportler zu schützen, liegen, so signalisiert sie doch die Unzufriedenheit mit einer Praxis, die keinesfalls allgemeiner Übereinstimmung über Aufbau und Gestaltung des Berufsfußballs, sondern der wirtschaftlichen Not etlicher Vereine ihre Existenz verdankt.

In Leibeigenschaft, die nach übereinstimmender Auffassung (1) gegen Art. I GG verstößt, fühlen sich auch verschiedene Spieler des TSV 1860 München, die teilweise drastisch ihrem Unmut über die Praxis der Abtretung von Ablösesummen Luft machten (2) und so gestiegenes Problembewußtsein auch bei den Betroffenen demonstrierten. Nichtlänger können solche Praktiken mit dem Mantel spezifischer sportrechtlicher Besonderheiten (3) und dem echten normsetzenden Charakter, den die Anschauung beteiligter Kreise gewinne, (4) zugedeckt und einer verfassungsrechtlichen Problematisierung entzogen werden. Der zugrundeliegende Lebenssachverhalt erweist sich keinesfalls als festgefügtes Gebäude eigenständiger und sich aus sich selbst legitimierender sportlicher Regelungen, sondern als in Voraussetzungen, Inhalten und Praktiken fragwürdiges und tatsächlich, auch von breiten Kreisen, hinterfragtes Zufallsprodukt, dessen Baumeister nicht allein der DFB, sondern auch die Vereine, die Spieler, die öffentlichen Medien Presse, Funk und Fernsehen, die Zuschauer, Mäzene und das Finanzministerium NRW (5) sind.

- (1) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 30; Maunz § 14 II 1); Bonner Kommentar GG Art. 1 Rdn. 12; Nipperdey Die Grundrechte II, S. 27
- (2) Äußerungen der Spieler Kapellmann, Wohlers und Klinkhammer, zitiert bei Wiskow, Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21
- (3) vgl. Preis DB 1971, 1571, der den sportlichen Grundsätzen die staatlichen Rechtsnormen als aliud gegenüberstehen will; vgl. auch Westerkamp S. 1)
- (4) so aber Preis DB 1971, 1571
- (5) durch den Erlaß v. 26.7.1974, DB 1974, 2085

## § 2 Darstellung der Transferregelung

- 1.) Der Transfer von Spielern, die von oder zu einem Verein der Bundesliga (1. oder 2. Bundesliga) wechseln wollen, ist in §§ 29 - 32 Lizenzspielerstatut des DFB geregelt. Der DFB, ein eingetragener Verein, führt nach § 1 Nr. 2 Lizenzspielerstatut die 1. Fußball-Bundesliga als Vereinseinrichtung durch. Mitglieder des DFB sind nach § 6 DFB-Satzung die Regional- und Landesverbände des Fußballs, deren Mitglieder wiederum die einzelnen Vereine sind, (1) so daß der DFB Dachverband aller Fußballvereine ist. (§ 1 I DFB-Satzung) Nach § 4 Lizenzspielerstatut erteilt der DFB die Lizenz, also die Spielberechtigung, an den jeweiligen Verein, durch einen Vertrag. Dadurch erwerben die jeweiligen Vereine die Berechtigung, am Spielbetrieb der Bundesliga teilzunehmen, und unterwerfen sich der Satzung, dem Lizenzspielerstatut, den Ordnungen und Entscheidungen des DFB sowie für die 2. Liga Satzung, Ordnungen und Entscheidungen der jeweiligen Regionalverbände, die nach § 1 Lizenzvertrag Spieler/DFB die 2. Bundesligen als Vereinsrichtung betreiben. (§ 4 Nr. 2 Lizenzspielerstatut)

Die Regelungen über Transferentschädigungen (§§ 29 - 32 Lizenzspielerstatut) werden durch den Lizenzvertrag zwischen Verein und DFB durch vertragliche Übereinkunft für den Verein verbindlich. Da nach § 9 Nr. 2b) Lizenzspielerstatut der DFB dem Verein bei Verletzung der Pflichten aus dem Lizenzvertrag die Lizenz entziehen kann, ist der Verein an die Bestimmungen der §§ 29 - 32 Lizenzspielerstatut gebunden, will er am organisierten Berufsfußball in der Bundesrepublik wie auch gegebenenfalls auf internationaler Ebene teilnehmen.

- 2.) Von der Lizenz des Vereins ist die Lizenz des Spielers zu unterscheiden. Die Lizenz wird dem Spieler durch den DFB erteilt (§ 11 Nr. 1 Lizenzspielerstatut) und berechtigt den Spieler, die Bundesliga bzw. 2. Bundesliga als Vereinsrichtung des DFB bzw. des betreffenden Regionalverbandes zu benutzen, insbesondere als Spieler bei einem lizenzierten Verein an Spielveranstaltungen teilzunehmen. (§ 1 des Lizenzvertrages zwischen Spieler und DFB)

(1) Westerkamp S. 17

Der Spieler unterwirft sich den Satzungen, Ordnungen und Entscheidungen, insbesondere dem Lizenzspielerstatut und damit auch dessen §§ 29 - 32, und damit der Vereinsgewalt des DFB. (§ 2 des Lizenzvertrages zwischen Spieler und DFB) In § 11 Nr. 1 Lizenzspielerstatut wird das Rechtsverhältnis, auf Grund dessen die Lizenz erteilt wird, als Vertrag bezeichnet. Die Regelungen der §§ 11 - 13 Lizenzspielerstatut, die die Erteilung und das Erlöschen der Lizenz regeln, sowie des Lizenzvertrages zwischen Spieler und DFB sind in der Lit. (1) kritisch aufgenommen worden. Fraglich ist, ob die Lizenzerteilung auf vertraglichem Wege erfolgt und ob eine Unterwerfung des Spielers unter die Vereinsgewalt des DFB auf mitgliedschaftlicher oder quasi-mitgliedschaftlicher Grundlage entsteht. Da nach § 11 Nr. 1 Lizenzspielerstatut die Lizenzerteilung ausdrücklich durch Vertrag erfolgt und der DFB mit allen Spielern entsprechende Formularverträge abschließt, geht die allgemeine Meinung (2) vom Vertragscharakter der Lizenzerteilung aus. Lediglich Westerkamp (3) meint, Weisemann (4) sei anderer Auffassung. Weisemann untersucht jedoch lediglich, ob zwischen Spieler und DFB arbeitsvertragliche Beziehungen bestehen, was er verneint. Das Fehlen eines Arbeitsvertrages schließt die Existenz von Verträgen, die nicht als Arbeitsverträge zu qualifizieren sind, nicht aus, wovon selbst Westerkamp (5) ausgeht. Die Auffassung, die Lizenzerteilung an den Spieler sei kein Vertrag, wird Weisemann (6) somit von Westerkamp (7) lediglich fälschlich unterstellt. Im übrigen sind auch keine Gesichtspunkte ersichtlich, den von den Parteien (8) und von der allgemeinen Auffassung in Rspr. (9) und Lit. (10) bejahten Vertragscharakter des Lizenzvertrages in Zweifel zu ziehen.

(1) Westerkamp S. 26 ff.; Horschitz S. 133 ff.; Weisemann BB 1979, 260; H.P. Westermann, NJW 1973, 2210

(2) K. H. Schmidt RdA 1972, 92; Börner S. 91; OLG Frankfurt NJW 1973, 220

(3) Westerkamp S. 19

(4) Weisemann DB 1979, 260

(5) Westerkamp S. 19

(6) Weisemann DB 1979, 260

(7) Westerkamp S. 19

(8) § 11 Lizenzspielerstatut, formularmäßiger Vertrag zwischen DFB und Spieler

(9) OLG Frankfurt NJW 1973, 2209

(10) Börner S. 91; K. H. Schmidt RdA 1972, 92; H. P. Westermann NJW 1973, 2210; H. P. Westermann S. 27



Gewichtiger ist demgegenüber das Problem, ob eine Erstreckung der Vereinsgewalt des DFB auf mitgliedschaftlicher oder quasimitgliedschaftlicher Grundlage auf die Spieler stattfindet oder ob die Unterwerfung des Spielers unter die Satzungen, Ordnungen und Entscheidungen des DFB (1) und damit auch unter die die Ablösesummen regelnden §§ 29 - 32 Lizenzspielerstatut lediglich vertraglicher Natur ist, da sie durch den Lizenzvertrag (2) begründet worden ist. Dabei ist als Ausgangspunkt festzuhalten, daß der Spieler nicht Mitglied des DFB ist, sondern allenfalls Mitglied des Vereins sein kann. (3) Auch der Verein ist jedoch nicht Mitglied des DFB, der als Dachverband des Fußballsports (§ 1 I DFB-Satzung) lediglich Regional- und Landesverbände zu seinen Mitgliedern zählt. Auch die Lizenzspieler sind ausnahmslos nicht Mitglieder des Vereins, da sonst dieser nach §§ 52 ff. AO wegen der hohen Zuwendungen an seine Spieler den steuerlichen Status der Gemeinnützigkeit verlieren würde. (4) Daß trotz fehlender Mitgliedschaft des Spielers im DFB dennoch Vereinsgewalt über den Spieler ausgeübt werden kann, wird vom OLG Karlsruhe (5) uneingeschränkt bejaht. Eine differenzierende Ansicht (6) bejaht die Unterwerfung unter die Vereinsgewalt dann, wenn Einrichtungen des Vereins benutzt werden. Da die Spieler die 1. Fußball-Bundesliga als Vereinseinrichtung des DFB (§ 1 Nr. 2 Lizenzspielerstatut) benutzen, käme diese Meinung ebenfalls zu einer Erstreckung der Vereins- und Strafgewalt auf die Spieler als Nichtvereinsmitglieder. Demgegenüber gehen das OLG Frankfurt, (7) H. P. Westermann (8) und Schlosser (9) davon aus, daß lediglich auf vertraglichem Wege eine Bindung erreicht werden kann. Steht diese Kontroverse auch unter dem Aspekt, ob dem DFB eine Strafgewalt im Rahmen ihrer Sportgerichtsbarkeit zusteht, (10) der für die Frage, ob und wie der Lizenzspieler an die §§ 29 - 32 Lizenzspielerstatut gebunden ist, unergiebig ist, so ist doch auch die Qualifikation der Bindung an die §§ 29 - 32 Lizenzspielerstatut als Ausfluß der DFB-Vereinsgewalt nicht

(1) § 2 des Lizenzvertrages zwischen Spieler und DFB

(2) § 11 Lizenzspielerstatut

(3) K. H. Schmidt RdA 1972, 91

(4) Hauber S. 53; Preis DB 1971, 1570; H. P. Westermann S. 27; Reichert-Dannecker-Kühr Rdn. 1680

(5) OLG Karlsruhe MDR 1970, 324

(6) Bauernfeind NJW 1959, 379; Reiss S. 50 ff; Ernst S. 83 ff.

(7) OLG Frankfurt NJW 1973, 2208

(8) H. P. Westermann NJG 1973, 2210; H. P. Westermann, S. 38 ff.

(9) Schlosser S. 76 ff.

(10) das OLG Frankfurt NJW 1973, 2208 bejaht die schiedsrichterliche Nachprüfbarkeit von Entscheidungen der DFB-Sportgerichte; Börner S. 92, hält die DFB-Sportgerichtsbarkeit und ihre Strafgewalt insgesamt für unzulässig

nur verfehlt, da, worauf Schlosser (1) zutreffend hinweist, einseitige belastende Akte nicht von selbst verbindlich sind und auch die Benutzung von Vereinseinrichtungen kein Kriterium ist, da diese auch vertraglich geregelt werden kann, (2) sondern auch entbehrlich, da mit dem zwischen Spieler und DFB geschlossenen Lizenzvertrag eine vertragliche Grundlage vorhanden ist. In diesem Lizenzvertrag ist vorgesehen, daß die Lizenz erlischt, wenn der Spieler gegen das Lizenzspielerstatut verstößt. Rechtlich handelt es sich dabei um ein vertragliches Rücktrittsrecht des DFB.

Somit ist der Lizenzspieler durch den Lizenzvertrag an die §§ 28-32 Lizenzspielerstatut im Verhältnis zum DFB gebunden. Er kann daher vom DFB nicht verlangen, für einen neuen Verein spielberechtigt (§ 19 Lizenzspielerstatut) zu sein, obwohl der alte Verein, um eine Ablösesumme zu erhalten, keine Freigabe erteilt. Der Spieler ist gezwungen, die §§ 28 - 32 Lizenzspielerstatut anzuerkennen, da er sonst keine Lizenz erhält. Der Spieler ist daher über den Lizenzvertrag (3) an die Ablösebestimmungen gebunden.

- 3.) Der Spieler ist an den Verein durch einen Individualvertrag gebunden, der grundsätzlich zwischen Spieler und Verein frei ausgehandelt wird, dessen Inhalt jedoch nicht im Widerspruch zum Lizenzspielerstatut, der DFB-Satzung und den DFB-Ordnungen stehen dürfen.(4) H. P. Westermann (5) ist der Auffassung, daß so der DFB den Vereinen den Inhalt der Verträge mit den Spielern vorschreibt. Hierbei handelt es sich jedoch lediglich darum, daß die zwischen Verein und DFB bestehenden lizenzvertraglichen Pflichten, wie die Beachtung des Lizenzspielerstatuts und der Satzungen und Ordnungen des DFB (6) befolgt werden.

(1) Schlosser S. 77

(2) Schlosser S. 78 verweist auf das Beispiel privatrechtlich organisierter Anstalten, die sämtliche Rechtsbeziehungen mit dem Bürger einschließlich der "Disziplinarkompetenz" durch privatrechtlichen Vertrag begründet; vgl. Wolff-Bachof II § 99 V b); Forsthoef S. 384

(3) insbesondere durch dessen § 3, der die Vertragspflicht, die DFB-Vorschriften zu beachten, statuiert

(4) K. H. Schmidt RdA 1972, 90

(5) H. P. Westermann S. 28

(6) § 4 Nr. 2 Lizenzspielerstatut

Es existieren also zwischen DFB, Verein und Spieler jeweils vertragliche Beziehungen, zwischen DFB und Verein sowie zwischen DFB und Spieler durch Lizenzverträge, zwischen Verein und Spieler durch einen Individualvertrag. Durch dieses Vertragsgeflecht hat der DFB die Befolgung der Transfervorschriften im Lizenzspielerstatut sichergestellt.

- 4.) Die Regelung der §§ 26 ff. Lizenzspielerstatut beruhen auf dem Erfordernis der Freigabe des abgebenden Vereins. Für die Aufnahme der Tätigkeit als Lizenzspieler bei einem Bundesligaverein benötigt der Spieler eine Spielerlaubnis des DFB nach § 26 a Lizenzspielerstatut. (1) Danach ist die Spielerlaubnis zu gewähren, wenn der Spieler in die Transferliste, die vom DFB geführt wird, aufgenommen ist und der abgebende Verein die Freigabe erteilt hat oder der Spieler vereinseigen ist. (2) Nach § 29 Lizenzspielerstatut ist der abgebende Verein berechtigt, die Freigabe von der Zahlung einer Transferentschädigung abhängig zu machen. Dies gilt nach § 28 Lizenzspielerstatut auch dann, wenn der Spieler zu einem ausländischen Verein wechseln will. Bei einem Wechsel von einem deutschen Verein zu einem deutschen Lizenzspielerverein entsteht die Berechtigung, die Freigabe von einer Transferentschädigung abhängig zu machen, auch dann, wenn es sich bei dem Spieler um einen Amateur handelt. Lediglich bei einem Wechsel von einem Lizenzspielerverein zu einem Amateurverein ist keine Ablösesumme zu zahlen, der Spieler hat sich zu reamateurisieren. Die Ablösesumme ist Entgelt für die Freigabe und Entschädigung für die Nachteile, die dem abgebenden Verein durch den Weggang des Spielers entstehen. Bei jeder Aufnahme eines Lizenzspielerverhältnisses bei einem anderen Verein ist somit der Spieler an die Zustimmung ("Freigabe") des abgebenden Vereins gebunden. Durch Verweigerung der Freigabe kann somit der abgebende Verein einen Wechsel des Spielers zu einem in- oder ausländischen Berufsfußballverein gänzlich verhindern.

(1) LAG Berlin NJW 1979, 2582

(2) LAG Berlin NJW 1979, 2582

Anders ist die Regelung im Amateurbereich. Auch gegen den Willen des abgebenden Vereins ist der zu einem Amateurverein wechselnde Spieler spätestens nach einer dreimonatigen Sperre spielberechtigt.

- 5.) Die Höhe der Transferentschädigungen wird vom DFB zwar offengelassen, jedoch faktisch reglementiert. (§§ 28, 32 Lizenzspielerstatut.) Bei Verpflichtung eines Amateurs durch einen Bundesligaverein beträgt die regelmäßige Ablösesumme 22.500,-- DM, durch einen Zweitligaverein 18.000,-- DM, (1) wobei auch höhere Summen frei vereinbart werden können. Diese regelmäßige Ablösesumme erhöht sich bei Teilnahme des Spielers an Spielen von Auswahlmannschaften und bei ununterbrochener Spielberechtigung für den abgebenden Verein ab dem 14. Lebensjahr, § 32 Lizenzspielerstatut. (2) Der Anspruch steht jedem Verein, bei dem der Spieler in den letzten 5 Jahren vor seiner Verpflichtung spielberechtigt war, anteilig im Verhältnis der Spielberechtigungszeiten zu, § 32 Lizenzspielerstatut. (3) Bei Spielern, die vorher bereits als Lizenzspieler tätig waren, richtet sich die Höhe der Ablösesumme nach dem letzten Gehalt. Das Jahresgehalt der letzten Saison inclusive aller Prämien wie Spielprämien und an die Erreichung sportlicher Ziele wie Meisterschaft oder Teilnahme am UEFA-Cup geknüpfte Prämien wird mit einem Faktor stufenlos zwischen 1 und 5 multipliziert, dem sogenannten Multiplikator. (4) Nach Auffassung von Westerkamp ist der Multiplikator von der sportlichen Qualifikation des Spielers (Bundesligaeinsätze, Berufung in DFB-Auswahlmannschaften) abhängig. (5) Diese Auffassung ist jedoch unzutreffend. Der Multiplikator bemißt sich vielmehr ebenfalls nach der Höhe des Jahreseinkommens des Spielers. (6) Jahresgehältern von mehr als 40.000,-- DM entspricht der Multiplikator 3, solchen von über 100.000,-- DM der Multiplikator 4 und Gehältern ab 160.000,-- DM der Multiplikator 5. (7)

(1) Westerkamp S. 52 f.

(2) K. H. Schmidt RdA 1972, 90; Westerkamp S. 53

(3) Westerkamp S. 53

(4) Huppertz, Fußball-Woche-Sport-Sonderheft Bundesliga 80/81, S. 34; Klatt S. 90; Wange S. 71

(5) Westerkamp S. 54

(6) Huppertz, Fußball-Woche-Sport-Sonderheft Bundesliga 80/81, S. 34

(7) Huppertz, Fußball-Woche-Sport-Sonderheft Bundesliga 80+81, S. 34

Es ist allgemein üblich, daß für die Freigabe aus einem gültigen Vertrag eine höhere Ablösesumme zu zahlen ist als bei Beendigung des Vertrages. Jedoch auch die Berechnungsformel aus Jahresgehalt und Multiplikator ist nicht zwingend. Auch nach Beendigung des Vertrages ist es den Vereinen freigestellt, höhere Ablösesummen zu verlangen, als sich unter Zugrundelegung der Berechnungsformel ergeben würden, da die Ablösesummen nach § 30 Nr. 1 Bundesligastatut unter den Vereinen frei ausgehandelt werden können.

Wegen der in der Öffentlichkeit weitgehend unbekannten regelmäßigen Koppelung der Ablösesummen an das Jahresgehalt der Spieler ist die Höhe der Ablösesummen (1) nicht Ergebnis exzessiver Preistreiberei oder einer Fehlentwicklung des Marktes, sondern Folge der vom DFB getroffenen Regelungen. Mit der Steigerung der Gehälter der Spieler stiegen auf Grund der Berechnungsformel aus Jahresgehalt und Multiplikator auch die Ablösesummen an. Wegen der zweifachen Berücksichtigung des Gehaltes, das ja auch Grundlage für den Multiplikator ist, ist die Steigerung der Ablösesummen überproportional gegenüber der Steigerung der Gehälter.

- 6.) Eine Transferentschädigung ist sowohl vor als auch nach Beendigung des alten Arbeitsvertrages fällig. Einen Sonderfall bildet lediglich die rechtmäßige außerordentliche Kündigung durch den Spieler. Auch im Falle einer rechtmäßigen außerordentlichen Kündigung durch den Spieler ist nach § 31 Lizenzspielerstatut eine Ablösesumme fällig. Obwohl der Verein durch sein Verhalten dem Spieler einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung i. S. d. § 626 BGB gegeben hat, soll er nach dieser Regelung eine Transferentschädigung erhalten. Versteht man die Ablöseentschädigung als Entgelt für die Freigabe, (2) so überrascht, daß eine Ablösesumme fällig wird, obwohl der Spieler nach § 23 Lizenzspielerstatut (3) bei unwidersprochener fristloser Kündigung oder im Falle rechtskräftiger Anerkennung der fristlosen Kündigung durch arbeitsgerichtliches Urteil sofort spielberechtigt ist, es also einer Freigabe nicht mehr bedürfte. Die bei fristloser Kündigung durch den Spieler fällig werdende Ablösesumme ist jedoch in der Höhe durch § 31 Lizenzspielerstatut auf ein Bruttojahresgehalt begrenzt. (4)

(1) kritisch zur Höhe der Ablösesummen Huppertz Fußball-Woche-Sport-Sonderheft Bundesliga 80/81 S. 36  
(2) so BFH BStBl 1955 III, 333  
(3) worauf Westerkamp S. 45 hinweist  
(4) K. H. Schmidt RdA 1972, 90; Westerkamp S. 45

7.) Nach der bisher dargestellten Regelung der Transferentschädigung durch den DFB müßte man zu dem Schluß kommen, daß die Ablösesummenregelung den Interessen der Spieler widerspricht, da sie Bedingungen für den Vereinswechsel aufstellt, auf die der Spieler keinen Einfluß hat. (1) Das subjektive Interesse der Spieler an der Vereinbarung möglichst hoher Ablösesummen wird jedoch über die Zahlung eines von der Ablösesumme abhängigen Handgeldes gefördert. Handgelder werden als im Lizenzspielerstatut nicht vorgesehene, gleichwohl aber erlaubte (2) Zahlungen des neuen Vereins für die Vertragsunterzeichnung als Ausgleich für Treueprämien verstanden, die der Spieler beim abgebenden Verein für eine Vertragsverlängerung erhalten hätte. (3) Obwohl vom DFB nicht vorgesehen, ist die Handgeldzahlung allgemein üblich. (4) Die Höhe des Handgeldes beträgt üblicherweise ein Fünftel der Ablösesumme. (5) Somit kann in verschiedenen Fällen der Spieler ein mittelbares Interesse an einer hohen Ablösesumme haben, um über das Handgeld an der Forderung des abgebenden Vereins zu partizipieren. Der Interessenwiderspruch zwischen Spieler und abgebenden Verein ist damit jedoch noch nicht prinzipiell beseitigt. Zum einen kann der Spieler ein Interesse daran haben, die Ablösesumme dennoch niedrig zu halten, das Handgeld demgegenüber hoch zu halten, also eine für ihn günstigere Relation zwischen Ablösesumme und Handgeld zu erzielen, da die Berechnungsgrundlage von einem Fünftel der Ablösesumme nicht vom DFB vorgegeben ist, sondern auf Parteivereinbarung beruht. Zum anderen haben ältere Spieler oft Schwierigkeiten, überhaupt noch bei einem anderen Verein einen Vertrag zu erhalten und sind deshalb auf eine geringe Ablösesumme angewiesen, ohne daß das Handgeld Nachteile in der Mobilität kompensieren kann. In jedem Falle führt jedoch das System der an die Ablösesumme gekoppelten Handgeldzahlungen dazu, daß im Bewußtsein der Spieler die Ablösesummenpraxis in einem milderen Licht erscheint. Das gemeinsame Interesse aller Beteiligten (6) führt dazu, daß der Spieler sich im "goldenen Käfig" befindet: seine Abhängigkeit wird ihm durch finanzielle Vorteile wie hohe Gehälter und Handgelder versüßt.

- (1) darauf weist LAG Berlin NJW 1979, 2582 besonders hin
- (2) der DFB duldet Handgeldzahlungen, die Rspr. verneint Verstöße gegen §§ 134, 138 BGB; BAG AR-Blattei Sport Entsch. 3; OLG Köln AR-Blattei Sport Entsch. 5
- (3) Westerkamp S. 55
- (4) Wange S. 55
- (5) Westerkamp S. 56
- (6) dazu LAG Berlin NJW 1979, 2582; Preis S. 21



8.) Die geschilderten Regelungen des Lizenzspielerstatuts könnten die Vermutung nahelegen, die Vereine seien in jedem Falle verpflichtet, eine Transferentschädigung zu zahlen. (1) Andererseits werden nach § 30 Nr. 1 Lizenzspielerstatut Ablösesummen zwischen den Vereinen frei ausgehandelt. Nach § 8 e) Lizenzspielerstatut (2) müssen entweder die Transferverpflichtungen erfüllt sein oder eine ersatzweise Regelung mit dem oder den anspruchsberechtigten Vereinen getroffen sein. Aus der Synopse dieser Vorschriften ergibt sich, daß die Vereinbarung einer Transferentschädigung nicht zwingend ist, sondern daß es vielmehr auch unter Zugrundelegung des Lizenzspielerstatuts möglich ist, daß ein Spielerwechsel ohne Ablösesumme von-statten geht. Von dieser Möglichkeit, einen Spieler ohne Ablösesummenforderung freizugeben, wird auch durchaus Gebrauch gemacht. Für viele Spieler, insbesondere ältere Spieler, finden sich keine interessierten Vereine mehr, die bereit wären, in den Transfer Geld zu investieren. Das Recht, den Verein ohne Ablösesummenforderung zu verlassen und die Freigabe zu erhalten, lassen sich Spieler auch verschiedentlich von ihrem Verein vertraglich zusichern. Die Freigabe für den neuen Verein ist also auch ohne Zahlung einer Transferentschädigung möglich. (3) Da die vom DFB, u. a. in § 32 Lizenzspielerstatut getroffene Regelung über die Höhe von Ablösesummen sinnlos ist, wenn kein Verein zur Zahlung dieser Summen bereit ist, der Anspruch auf Ablösesummen also letztlich in § 30 Nr. 1 Lizenzspielerstatut (freie Vereinbarkeit) begründet ist und aus den

- (1) § 29 Nr. 1 Lizenzspielerstatut; in § 29 Nr. 3 Lizenzspielerstatut wird ein Verstoß gegen die Zahlungsverpflichtung als unsportliches Verhalten i. S. d. § 1 Nr. 2 Rechts- u. Verfahrensordnung des DFB qualifiziert.
- (2) in der Neufassung durch den DFB-Beirat vom 6.6.1980
- (3) Sieht man mit dem BGH NJW 1976, 565, Dörner JuS 1977, 225, Westerkamp S. 75 und dem BFH BStBl 1955 III, 333 in der Vereinbarung über die Freigabe gegen Zahlung einer Ablösesumme einen entgeltlichen Vertrag, so wäre eine Freigabe ohne Transferentschädigung als unentgeltlicher Vertrag zu qualifizieren. Je nachdem, ob das Recht, den Spieler einzusetzen, oder der Spieler selbst Vertragsgegenstand wäre, würde es sich um die Schenkung (§ 516 ff. BGB) eines Rechtes oder eines Spielers handeln. In beiden Fällen wäre der Vertrag nach § BGB formbedürftig. Auch als unentgeltlicher Vertrag kann dieser Vertrag wegen des Charakters des Schenkungsgegenstandes noch verfassungsrechtlich problematisch sein. Noch im ausnahmsweisen Absehen von der Vereinbarung von Ablösesummen offenbart sich das Primat des Systems der Transferentschädigung, unter dem noch die Ausnahme die Bestätigung der Regel darstellt.

Marktverhältnissen resultiert, der Vertrag zwischen abgebendem und aufnehmendem Verein mithin für die Entstehung der Forderung konstitutiv ist, geht die Bezeichnung von Westerkamp (1) fehl, der abgebende Verein könne auf die Ablösesumme verzichten; verzichten kann man nur auf etwas, auf das man bereits einen Anspruch hat. (2) Die freie Vereinbarkeit von Ablösesummen schließt die Möglichkeit, daß im Einzelfall keine Ablösesumme vereinbart wird ein.

## 9.) Verfahrensprobleme

Verfahrensprobleme bei Streitigkeiten über die Höhe der Ablösesummen treten in zwei Fallkonstellationen auf.

Zum einen ist es möglich, daß der Spielerwechsel endgültig an der Höhe der vom abgebenden Verein geforderten Ablösesumme scheitert. In diesem Falle hat nach § 30 Nr. 2 Lizenzspielerstatut der Spieler Anspruch auf einen neuen Vertrag beim alten Verein zu den Konditionen des letzten schriftlichen Angebots des Vereins.(3)

Zum anderen besteht die Möglichkeit, bei Streitigkeiten über die Höhe der Ablösesumme sich der Vermittlung des DFB zu bedienen. Nach § 30 Nr. 4 Lizenzspielerstatut sollen sich abgebender Verein und Spieler auf ein Mitglied des Liga-Ausschusses, im Falle fehlender Übereinstimmung auf ein Mitglied des Kontrollausschusses einigen, der als Schiedsgutachter die Höhe der Ablösesumme bestimmt. Einigen sich die

(1) Westerkamp S. 41

(2) Das bloße Nichtwahrnehmen einer Erwerbsmöglichkeit ist kein Verzicht. Wer einen Gegenstand verschenkt, verzichtet nicht auf ein Entgelt. Wenn der Verein die Möglichkeit hätte, den Spieler gegen eine Ablösesumme zu transferieren, jedoch den Vertrag verlängert und so die Erwerbsmöglichkeit, eine Ablösesumme zu erhalten, nicht wahrnimmt, kann ebenfalls begrifflich nicht von einem Verzicht gesprochen werden. Im bürgerlichrechtlichen Schrifttum wird die Zulässigkeit eines Rechtsverzichts im Privatrecht nie im Zusammenhang mit den §§ 156 ff. BGB behandelt; nach Staudinger-Ostler BGB § 517 Rdn. 3 f. kann nur auf bereits erworbene Rechte verzichtet werden. Westerkamp S. 41 verwechselt jedoch nicht nur, daß bei der Schenkung die Zuwendung in der eigenen Leistung und nicht im Nichterhalt der Gegenleistung liegt, wodurch er Begriffsverwirrung schafft, sondern legt auch mit der Formulierung vom Verzicht auf Ablösesumme nahe, daß es sich bei solchem Verhalten um eine besondere Wohltat des abgebenden Vereins handele, für die womöglich der Spieler auch noch Dankbarkeit schulde. Angesichts des marktmäßig organisierten Spielertransfers, des "Spielermarktes", sind solche Allusionen fehl am Platze.

(3) Westerkamp S. 47

Parteien innerhalb von 20 Tagen nicht, so wird ein Schiedsgutachter vom Vorstand des DFB bestimmt, der dann nach freiem Ermessen die Ablösesumme festsetzt, § 30 Nr. 4 Lizenzspielerstatut.(1) Die Entscheidung des Schiedsgutachters ist gemäß § 30 Nr. 4 Lizenzspielerstatut unanfechtbar und verbindlich; (2) über die Anerkennung des Lizenzspielerstatuts (also auch des § 30 Nr. 4 Lizenzspielerstatut) als Vertragsbestandteil in den Lizenzverträgen zwischen DFB und Verein sowie zwischen DFB und Spieler wird Verein und Spieler die Vertragspflicht, die Entscheidung des Schiedsgutachters zu befolgen, auferlegt. Wenn verschiedentlich (3) davon gesprochen wird, die Regelung des § 30 Nr. 4 Lizenzspielerstatut sei ein Verfahren zur Herabsetzung der Ablösesumme, so muß doch daran erinnert werden, daß die Ablösesumme unter Berücksichtigung von Jahresgehalt und Multiplikator festgesetzt wird, so daß eine Reduzierung allenfalls bei überzogenen Extremforderungen und Phantasievorstellungen in Betracht kommt, der § 30 Nr. 4 Lizenzspielerstatut jedoch kein Mittel sein kann, allgemein das Niveau der Ablösesummen zu senken. Lediglich in dem vom LAG Berlin (4) entschiedenen Fall des Spielers Baake hätte das Verfahren nach § 30 Nr. 4 zu einer Herabsetzung geführt.(5)

(1) Westerkamp S. 50

(2) Bedenken gegen diese Regelung im Hinblick auf die Neutralität der Entscheidungsträger und die Berücksichtigung der Interessen der Spieler äußert Burmeister DÖV 1978, 7

(3) LAG Berlin NJW 1979, 2584; Westerkamp S. 49 f

(4) LAG Berlin NJW 1979, 2582; das Verfahren wurde später durch außergerichtlichen Vergleich beendet, NJW 1980, 1304

(5) Das LAG Berlin NJW 1979, 2584 hat jedoch ausgeführt, daß es auf diese Möglichkeit nicht ankomme, da die Ablöseregeln insgesamt verfassungswidrig seien.

### § 3 Ablösesumme als verfassungsrechtliches Problem

1.) In der traditionellen Problemaufbereitung von Rechtsfragen aus dem Bereich des Sports wird man wiederholt mit der dichotomischen Formel von "Sport und Recht" konfrontiert, (1) die, unabhängig von den Verbindungslinien zwischen beiden Themen, eine Unterschiedlichkeit der Begriffswelten und der Entscheidungskriterien schon durch die Formulierung nahelegt. Doch auf das Herausarbeiten von Bereichsunterschieden beschränkt man sich nicht. Bisweilen wird es schon für rechtfertigungsbedürftig gehalten, sich als Jurist überhaupt mit Sport, speziell mit dem Bundesligafußball auseinanderzusetzen. (2) Mit dem Hintergedanken, den Bereich eigener Entscheidungskompetenz auf Kosten staatlicher Gerichte zu erweitern, wird von Funktionären des DFB der Zusammenhang zwischen Sport und Recht bisweilen insgesamt geleugnet. (3) Die von Westermann (4) wiedergegebenen Äußerungen, es gehe nicht um Recht, sondern um Sport, Sportrecht gehe vor ordentlichem Recht, eine Verrechtlichung des Sports sei gefährlich, stehen nicht isoliert da, sondern in der Tradition einer Überzeugung, Sport vollziehe sich im rechtsfreien Raum. (5) Darüber hinaus kontrastieren sie erkennbar mit der Tatsache, daß der DFB in seiner sportlichen Entscheidungstätigkeit sich mit rechtlichen Begriffen wie Gericht, Rechts- und Verfahrensordnung, Strafe, Befangenheit, Gewaltenteilung und Norm (nicht Spielregel oder sportliche Regel) umgibt. (6) Sinn und Funktion dieser Gegenüberstellung ist jedoch nicht die Freihaltung des sportlichen Bereichs von Regeln, sondern die Differenzierung zwischen Sportrecht und Sportgerichtsbarkeit, die der DFB als eigene Aufgabe in Anspruch nimmt, und staatlicher Gerichtsbarkeit. (7)

(1) Fritz Werner S. 3 nennt die Formel treffend ein "Und-Thema"

(2) Westermann JZ 1972, 537

(3) Westermann JZ 1972, 537

(4) Westermann JZ 1972, 537

(5) Burmeister DÖV 1978, 3; vgl. die Darstellung bei Krauss S. 33 f.

(6) vgl. die Darstellung der DFB-Sportgerichtsbarkeit bei Kindermann, Sport und Recht S. 195 ff., insbesondere S. 196, 197, 203, 208

(7) Kindermann, Sport und Recht S. 196 ist aus diesem Grund skeptisch gegen die Übernahme von Begriffen der staatlichen Gerichtsbarkeit in die Sportgerichtsbarkeit; die vom DFB aufgestellte Grenze soll nicht verwischt werden.

Von diesem Ausgangspunkt aus münden die Stellungnahmen in der Lit. dann auch folgerichtig in Auseinandersetzungen über das Wesen des Sports (1) und fühlen sich verpflichtet, zu befleißigen, daß die Kommerzialisierung des Sports in Form des Profifußballs jedoch zu einer anderen Sichtweise führen müsse; das dem Recht indifferente spielerische Moment werde durch die Professionalisierung verdrängt. (2) Bedarf so die Ambition, den Spielertransfer im bezahlten Fußball überhaupt mit Maßstäben des staatlichen Rechts - und nicht allein mit denen des Sportrechts, die vom DFB gesetzt sind - zu messen, der Begründung, so erst recht das Herangehen an den Untersuchungsgegenstand mit dem Maßstab des Verfassungsrechts. Legt man etwa die Skepsis zugrunde, die Dürig (3) gegen die Argumentation mit der Menschenwürde (Art. 1 I GG) in alltäglichen Dingen gezeigt hat, dann könnte man meinen, daß das Verfassungsrecht, insbesondere die Grundrechte, ein zu starkes Geschütz sei, als daß es auf den Lebenssachverhalt Sport angewandt werden könne, und daß die scharfe Waffe des Grundgesetzes gegenüber der sportlichen Realität abstupfen müsse. Die Verweigerung der Annahme verfassungsrechtlicher Kriterien vollzieht sich neben der Leugnung der Relevanz des staatlichen Rechts für den Sport noch in der Form der Propagierung eines Rechts, das gänzlich unabhängig von Staate existiert und sich gleichermaßen vom Staat emanzipiert. (4)

Daneben begegnet man den Versuchen der Vereinsautonomie vorstaatlichen Charakter beizumessen, (5) in der neueren Lit. nicht mehr. Es herrscht inzwischen Einigkeit, daß die Vereinsautonomie - und damit auch die Autonomie des DFB, der nach § 1 DFB-Satzung eingetragener Verein ist - nicht originärer Art ist, sondern vom Staat verliehen ist. (6) Nicht der "unerschöpfliche germanische Assoziationsgeist", (7) sondern § 25 BGB ist die Grundlage der Vereinsautonomie, die der staatlichen Verleihung bedarf, dann aber auch den Schutz des Art. 9 I GG genießt.

(1) so bei Westerkamp S. 8; Fritz Werner S. 16

(2) deutlich bei Westerkamp S. 1; zurückhaltender Burmeister DÖV 1978, 3, der diese Problemstellung auch im Bereich des Amateursports sieht; kritisch Stern, Sport und Recht S. 142

(3) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 29

(4) dazu Fritz Werner S. 16

(5) so noch Gierke Dt. Privatrecht I S. 119 f.

(6) Meyer-Cording S. 49 f.; Habscheid Sport und Recht S. 159; Staudinger-Coing BGB Vorbem. zu §§ 21 - 54 Rdn. 35 ff.; Forsthoff S. 475

(7) Gierke, Genossenschaftsrecht I, S. 3

So reduziert sich das Problem auf die Frage, ob der vom Staate den Sportorganisationen verliehene Autonomiebereich so weit geht, daß der Bereich des Sportrechts von der Geltung der staatlichen Rechtsnormen eximiert wird.

Hierbei ist es notwendig, eine Verlagerung der Sichtweise vorzunehmen. Stand bisher vielfach (1) im Blickpunkt der Fragestellung, ob vom Standpunkt des Sports aus eine Anwendung der Normen des staatlichen Rechts adäquat gerecht, mindestens aber sachgerecht sei, so ist umgekehrt von der unmittelbaren Geltung des GG (vgl. Art. 1 III GG) als Norm des positiven staatlich gesetzten Rechts auszugehen und vom Standpunkt des Verfassungsrechts aus zu fragen, ob die zur Debatte stehenden sportlichen Regelungen der Verfassung gemäß sind. Der Legitimationsdruck besteht nicht für die Verfassung, deren Geltung als Norm staatlich gesetzten Rechts nicht vom partikulären Rechtsethos des Sports (2) abhängt, sondern für das Geschehen, das sich im partikulären Sozialbereich Sport abspielt und damit auch für das zugrundeliegende partikuläre Ethos. Es kann nicht darum gehen, sportliche mit staatlichen Normen in Einklang zu bringen,(3) sondern daß das Sozialgeschehen Sport am Maßstab des Rechts zu messen, so wie allenthalben Geschehnisse der sozialen Wirklichkeit sich einer rechtlichen Wertung und Kontrolle im Hinblick auf ihre Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit unterziehen müssen. Gerade weil eine originäre Vereinsautonomie abzulehnen ist und die Grundlage der Vereinsautonomie in staatlicher Verleihung (§ 25 BGB) zu suchen ist, (4) ist der Autonomiebereich vom staatlich gesetzten Recht abhängig. Auch der BGH, (5) der eine selbständige Vereinsgewalt anerkennt, betont doch, daß diese nur deshalb besteht, weil der Staat sie gelten läßt.(6) Das bedeutet umgekehrt, daß das staatlich gesetzte Recht die Bedingungen formuliert, unter denen die Entscheidung zwischen den dichotomischen Begriffen Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit (7) getroffen wird.

(1) vgl. die Zitate von DFB-Funktionären bei H. P. Westermann JZ 1972, 537; ferner Preis DB 1971, 1571; Westerkamp S. 1; auch Burmeister DÖV 1978, 4 und Stern Sport und Recht S. 142 f. prüfen lediglich, ob der Sport zu einer öffentlichen Aufgabe geworden ist.

(2) dazu Fritz Werner S. 14 f.; Preis DB 1971, 1571

(3) so aber Preis DB 1971, 1571

(4) Meyer-Cording S. 49; Habscheid, Sport und Recht S. 159; Staudinger-Coing BGB Vorbem. zu §§ 21 - 54 Rdn. 35 ff.

(5) BGHZ 13, 11; 21, 370

(6) BGHZ 13, 11

(7) dazu N. Luhmann Der Staat 1973, 176, 181



Dennoch muß von diesem Ausgangspunkt aus noch unklar bleiben, wie-  
so die Tatsache, daß die Vereinsautonomie vom Staate positivrecht-  
lich verliehen worden ist, eine Überprüfung der Ablösesummenpraxis  
aus verfassungsrechtlicher Sicht ermöglicht, da so lediglich die  
Frage nach dem sachlichen Bereich der Vereinsautonomie und eng da-  
ran gelehnt die nach ihrer gesetzlichen Einschränkung im Rahmen  
des Art. 9 I GG (1) aufgeworfen wird, nicht aber die individuelle  
Rechtsverbürgung für die Spieler thematisiert wird. Die vom DFB ge-  
wünschte (2) Exemption des Sportrechts und der Sportgerichtsbar-  
keit aus der staatlichen Rechtsordnung und Gerichtsbarkeit (3) be-  
gegnet jedoch Bedenken rechtsstaatlicher Hinsicht, wobei durch die  
Argumentation mit dem Rechtsstaatsbegriff die individuelle Rechts-  
situation des Spielers insbesondere im Hinblick auf dem Spieler zu-  
stehende Grundrechte Berücksichtigung finden kann, ohne sich in ab-  
strakten Erörterungen über die Autonomie des DFB und ihre Begründung  
und Legitimation zu verlieren. In der Lit. wurde verschiedentlich  
eine verstärkte Besinnung auf rechtsstaatliche Grundsätze gefor-  
dert. (4) Dabei bereitet die Konkretisierung rechtsstaatlicher An-  
forderungen wegen der bemerkenswert kasuistischen und den Blick vor-  
nehmlich auf die Kontrolle staatlicher Tätigkeit richtenden De-  
finitionsversuche des Rechtsstaatsbegriffs in der Lit. Schwierig-  
keiten. Nach Hinweisen über die Einordnung des Rechtsstaatsbegriffs,  
der von der h. M. (5) bei Art. 20 GG angesiedelt wird, und der Unter-  
scheidung zwischen formellem und materiellem Rechtsstaatsbegriff (6)

- (1) zu der Frage, inwieweit Art. 9 I GG vor Eingriffen in die Vereins-  
autonomie schützt: Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 9 Rdn. 1;  
Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 9 Rdn. 47; v. Münch GG Art. 9  
Rdn. 19
- (2) vgl. die Darstellung von Äußerungen von DFB-Funktionären bei H. P.  
Westermann JZ 1972, 537
- (3) H. P. Westermann JZ 1972, 537 schildert, daß im Falle Varga ein Ver-  
ein, der im ordentlichen Rechtsstreit obsiegt hatte und entsprechend  
handelte, dafür vom DFB mit einer Verbandsstrafe belegt wurde.
- (4) Stern, Sport und Recht S. 148; Burmeister DÖV 1978, 5, 9; H. P.  
Westermann JZ 1972, 543
- (5) v. Münch-Schnapp GG Art. 20 Rdn. 21; BVerfGE 35, 47; 39 143;  
Maunz § 10 I; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 20 Rdn. 9; a. A.  
allein Ridder S. 6 f.
- (6) I. v. Münch-Schnapp GG Art. 20 Rdn. 22; Stern Staatsrecht I S. 616 f.

werden sogleich verschiedene Einzelaspekte des Rechtsstaatsprinzips dargestellt, wobei als Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips die Gewaltenteilung, (1) die Voraussehbarkeit staatlichen Handelns, (2) die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (3) und die Gewährleistung persönlicher Grundrechte (4) angeführt werden. In dieser Konkretisierung wird der Ausgangspunkt des Rechtsstaatsprinzips (5) bereits wieder aus den Augen verloren. Eine grundlegende Definition des Rechtsstaats - unter Außerachtlassung einzelner Ausprägungen - wurde unter der Problemstellung des materiellen Rechtsstaatsbegriffs versucht. Nach verbreiteter Meinung (6) ist der Rechtsstaat ein Staat, dessen Zweck die Schaffung eines materiell gerechten Rechtszustandes ist. Diese Definition verweist bereits (7) auf den Anspruch von Universalität, der über die bloße Kontrolle staatlicher Machtausübung, die allgemein die Diskussion um den Rechtsstaatsbegriff prägt, hinausgeht. In der Transzendenz über die Normativität des positiven Rechts zur Gerechtigkeit als Erkenntnisgegenstand und in der Problematisierung des Verhältnisses von ungerechtem positivem Recht zur Gerechtigkeit unter Berufung auf die Formulierung "Gesetz und Recht" in Art. 20 III GG (8) wird allerdings die Funktion des positiven Verfassungsrechts nicht erläutert, sondern lediglich eine Konfliktlage angesprochen, die die Grundfunktion des Verfassungsrechts schon voraussetzt. Stern (9) setzt Rechtsstaatlichkeit mit Rechtsgebundenheit des gesamten staatlichen Wirkens gleich. In der Beschränkung der Rechtsgebundenheit auf staatliches Handeln begegnet uns jedoch dieselbe Verkürzung des Universalitätsanspruchs des Rechts wieder, die zur Einengung der Fragestellung auf die Kontrolle staatlicher Macht durch Gewaltenteilung und Voraussehbarkeit staatlichen Handelns (10) führte.

(1) Stern Staatsrecht I S. 618; I. v. Münch-Schnapp GG Art. 20 Rdn. 23; Maunz § 10 I a)

(2) v. Münch-Schnapp GG Art. 20 Rdn. 23; Maunz § 10 I e

(3) v. Münch-Schnapp GG Art. 20 Rdn. 23; Stern Staatsrecht I S. 618; Maunz § 10 I d)

(4) v. Münch-Schnapp GG Art. 20 Rdn. 23; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 20 Rdn. 70; Maunz § 10 I b)

(5) zur Bezeichnung als leitendes bzw. elementares Prinzip Stern Staatsrecht I, S. 615; BVerfGE 1, 14; 6, 72; 20, 331; 25, 290

(6) Klein S. 392 ff.; von Mangoldt-Klein GG Art. 20 Anm. VI 1); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 20 Rdn. 59

(7) obwohl v. Münch-Schnapp GG Art. 20 Rdn. 22 leugnet, daß Gerechtigkeit Gegenstand rechtswissenschaftlicher Erkenntnis sein könne; N. Luhmann Der Staat 1973, 20 ist skeptisch gegenüber dem Gerechtigkeitsprinzip als universellem Rechtsprinzip und meint, Gerechtigkeit könne allenfalls noch als Sonderwert rekonstruiert werden.

(8) siehe BVerfGE 2, 403; 3, 327; 34, 286; Maunz § 10 III

(9) Stern Staatsrecht I S. 628

(10) v. Münch-Schnapp GG Art. 20 Rdn. 23; Maunz § 10 I a), e)

Bisher haben allein N. Luhmann (1) und Hesse (2) die universelle Geltung als Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit hervorgehoben. Nach N. Luhmann (3) ist der Rechtsstaat die Rechtllichkeit der Verfassung selbst. Die universalistische Rechtsgeltung bestehe darin, daß jederzeit jede Handlung nicht nur des Staates, sondern auch und gerade der Bürger unter dem Gesichtspunkt rechtmäßig/rechtswidrig geprüft werden könne. (4) Die Tatsache, daß der Gesetzgeber selbst an die geltenden Gesetze gebunden ist, sofern er die Gesetze nicht im vorgesehenen Verfahren ändert, macht N. Luhmann (5) nicht zum Ausgangspunkt der Betrachtung, er leitet sie vielmehr durch einen Erst-recht-Schluß aus dem allgemeineren Prinzip, daß jedermann an die jeweils für alle geltenden Gesetze gebunden ist, ab. Ähnlich formuliert Hesse, (6) für den der Rechtsstaat die für den Einzelnen unerläßliche rechtliche Gesamtordnung ist. Hesse betont das Primat des Rechts für alle Lebensbereiche, für die rechtliche Normen bestehen, (7) konzidiert jedoch gleichzeitig, daß es auch weite Lebensbereiche ohne oder mit geringer rechtlicher Ordnung gebe. Es ist jedoch daran festzuhalten, daß die Beantwortung der Frage, welche Bereiche dies sind, allein aus dem geltenden staatlichen Recht selbst zu beantworten sind. Man hat den Eindruck, daß unter der Leistung der Rechtsdogmatik, die Einzelausprägungen des Rechtsstaatsprinzips herauszuarbeiten, die grundlegende Funktion des Rechtsstaates als universelle Geltung des Rechtes selbst in Vergessenheit geraten ist. Erst vom Ausgangspunkt der Universalität des Rechts läßt sich die Kontrolle einzelner staatlicher Tätigkeitsbereiche durch das Recht wie auch die Selbstbindung der rechtssetzenden Organe an das von ihnen gesetzte Recht als besondere Ausprägungen, erst dadurch aber auch als besondere Leistungen der Rechtsstaatlichkeit begreifen. (8) Die Verfassung regelt dabei die Bedingungen, unter denen die eigenständigen Subsysteme der Gesellschaft wie etwa der Sport sich konstituieren. (9)

(1) N. Luhmann Der Staat 1973, 180 f.

(2) Hesse § 6 I

(3) N. Luhmann Der Staat 1973, 180

(4) N. Luhmann Der Staat 1973, 181

(5) N. Luhmann Der Staat 1973, 181

(6) Hesse § 6 I a)

(7) Hesse § 6 I b)

(8) N. Luhmann Der Staat 1973, 181

(9) N. Luhmann Der Staat 1973, 165

Die Verfassung als Bedingung der Kompatibilität der verschiedenen Teilsysteme der Gesellschaft (1) konstituiert die universelle Geltung des Rechts. Folge davon ist, daß jede Handlung jederzeit verfassungsrechtlich auf ihre Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit geprüft werden kann, (2) wobei die Gewährleistung von Autonomiebereichen dann als Faktor in die Rechtmäßigkeitsprüfung eingeht.

Demnach ergibt sich auch die Notwendigkeit und Möglichkeit einer verfassungsrechtlichen Prüfung von Ablösesummen für Berufsfußballspieler aus der grundsätzlichen Rechtsbindung jeden Handelns. Skrupel, sich verfassungsrechtlich Problemen des Berufsfußballs zuzuwenden, sind daher unangebracht. (3) Die grundsätzliche Rechtsbindung des sportlichen Geschehens führt daher zu der Frage, ob Ablösesummen für Berufsfußballspieler verfassungsmäßig sind. Verfehlt ist es daher, wenn Westerkamp (4) die zunehmende Kommerzialisierung des Sports für die stärkere Beschäftigung des Rechts mit dem Sport verantwortlich gemacht hat. Die Tatsache, daß das Fußballspielen zur Deckung des Lebensunterhalts betrieben wird, mag zur Anwendbarkeit anderer Rechtsnormen führen, als für die Erfassung des Amateursports ausreichend sind, konstituiert jedoch nicht die Bindung an das Recht überhaupt.

Hat sich so die Praxis der Ablösesummen einer verfassungsrechtlichen Prüfung unter Berücksichtigung von Individualgrundrechten der Spieler zu stellen, so verweist die Bezeichnung der Bundesligaspieler als Profis oder Berufsfußballer auf die Garantie der Berufsfreiheit in Art. 12 GG. Die Tatsache, daß Ablösesummen Spieler bei der Wahl eines neuen Vereins beschränken, ja einen Vereinswechsel ganz verhindern können, fordert eine Prüfung der Ablösesummen unter dem Gesichtspunkt, ob Ablösesummen Einschränkungen der Berufsausübung oder der Berufswahl der Spieler darstellen und, falls diese Frage bejaht wird, ob diese Beschränkungen durch verfassungsrechtlich zu beachtende Gesichtspunkt gerechtfertigt ist. Tangiert sind ferner die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 GG) sowie die Ausreisefreiheit aus dem Bundesgebiet, die nach einer Mindermeinung (5) durch Art. 11 GG, nach h. M. (6) jedoch aus Art. 2 GG folgt, da die Ablöseregeln den Spieler darin

(1) N. Luhmann Der Staat 1973, 165

(2) N. Luhmann Der Staat 1973, 181

(3) siehe auch H. P. Westermann JZ 1972, 537

(4) Westerkamp S. 1

(5) von Mangoldt-Klein GG Art. 11 Anm. 2; Dürig Die Grundrechte II S. 507 ff.; Scheuner FS Thoma S. 199 ff.

(6) BVerfGE 6, 32; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 11 Rdn. 4; Maunz § 20 III; Bonner Kommentar-Wernicke GG Art. 11 Anm. II 1.) e)

darin behindern, frei den Arbeitsplatz zu wechseln und außerdem ihn in Bezug auf die Ausreise ins Ausland zumindest faktisch dadurch behindern, daß auch ein Vereinswechsel ins Ausland ohne Zahlung der verlangten Ablösesumme ausgeschlossen ist. Problematisch ist die Ablösesummenregelung schließlich im Hinblick auf die Menschenwürde. (1) Bezeichnungen wie "Spielerkauf" werfen die Frage auf, ob Ablösesummen zu Leibeigenschaft der Spieler führen oder zum Objekt von Vereinen oder Mäzenen degradieren. Leibeigenschaft und Sklaverei verstoßen ebenso gegen die Menschenwürde (2) wie die Degradierung des Menschen zum bloßen Objekt und zum Mittel zu den Zwecken anderer. (3) Hier bedürfen zwar die Korrektheit des allgemeinen Sprachgebrauchs wie auch der Schutzbereich des Art. 1 III GG einer kritischen Überprüfung. Gerade jedoch um der Präzisierung des Schutzbereichs des Art. 1 III GG und um der Bewältigung des Sportjargons willen erscheint eine kritische Überprüfung der Ablöseregeln unter dem Aspekt der Menschenwürde notwendig. Es ist erstaunlich, wie gelassen die Öffentlichkeit die gezogenen Parallelen zu Formen der Verknechtung des Menschen hinnimmt und wie folgenlos gelegentliche Warnungen vor der Verletzung der Menschenwürde im Profifußball (4) bleiben. In einer Rechtskultur, die hochdifferenzierte Gesetze und Gerichtsentscheidungen zu vielfältigen Spezialproblemen produziert, muß diese Dissensibilität für Fragen der Menschenwürde überraschen.

- 2.) Mit der grundsätzlichen Geltung des Rechts und der Konkretisierung der Grundrechte, deren Verletzung problematisch erscheint, ist jedoch eine Frage, die für die Verfassungsmäßigkeit von Ablösesummen von mitentscheidender Bedeutung ist, noch nicht beantwortet. Fraglich ist, ob die Grundrechte in den Rechtsbeziehungen zwischen DFB, Vereinen, Mäzenen und Spielern überhaupt anwendbar sind, da der DFB nach § 1 seiner Satzung ein eingetragener Verein und somit juristische Person des Privatrechts (5) ist.

- (1) dazu Burmeister DÖV 1978, 5 f.; Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21 f.  
(2) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 30; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 1 Rdn. 12; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 12  
(3) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 28; Dürig AöR 81 (1956), 127; Nipperding Die Grundrechte Bd. II S. 23; Burmeister DÖV 1978, 7  
(4) Burmeister DÖV 1978, 5 f.; Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21 f.  
(5) Palandt-Heinrichs BGB Einf. v. § 21 Anm. 2, 4

Die Frage, ob und bejahendenfalls in welcher Form die Grundrechte unter Privatrechtssubjekten anwendbar sind, ist stark umstritten. Herkömmlicherweise werden die Autoren in die Kategorien der Befürwortung unmittelbarer oder mittelbarer Drittwirkung eingeteilt, wobei die Anhänger der mittelbaren Drittwirkung (1) eine Einwirkung der Grundrechte lediglich mittelbar über Generalklauseln und wertausfüllungsbedürftige Begriffe des Zivilrechts annehmen. Mit der Darstellung dieser beiden Meinungsgruppen und der Entscheidung für eine von ihnen ist der Komplexität der Problematik noch nicht Genüge getan. Die Stellungnahmen in Lit. und Rspr. sind keinesfalls so undifferenziert, daß sie sich zwanglos in eine der beiden Kategorien einordnen ließen, in die vielfach in der Lit. (2) die verschiedenen Auffassungen eingeordnet werden. (3) Zudem verbirgt sich hinter der Frage nach der Drittwirkung der Grundrechte eine Fülle von verschiedenen Rechtsinstituten, deren differenzierte Berücksichtigung durch die Kanalisierung der Diskussion in die Frage nach der mittelbaren oder unmittelbaren Drittwirkung erschwert wird. Jedenfalls bleiben die Grundrechtsprobleme im Zusammenhang mit Ablösesummen für Berufssfußballspieler unabhängig von der jeweils für richtig befundenen Drittwirkungslehre verfassungsrechtlicher Art. Auch bei der Berücksichtigung der Grundrechtsgewährleistungen lediglich über die Generalklauseln des Zivilrechts (4) handelt es sich um Probleme des öffentlichen Rechts, die lediglich in bürgerlichrechtlicher Einkleidung erscheinen. Ganz gegen den Begriff der Drittwirkung, der zur Problemlösung unbrauchbar sei, haben sich H. H. Rupp (5) und Burmeister (6) gewandt. Damit allein ist allerdings über die Lösung des Sachproblems noch nichts ausgesagt. Unabhängig von der dogmatischen Konstruktion der Drittwirkungstheorien und von der terminologischen Problemeinordnung bleibt begründungsbedürftig, daß die Bestimmungen des Grundrechtskataloges des GG unter Privatreuten Anwendung finden können.

- (1) grundlegend Dürig FS f. Nawiasky S. 157 ff.; Dürig Die Grundrechte Bd. II S. 525 ff.; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132
- (2) wie bei Bleckmann S. 146; und Maunz § 13 II 11
- (3) So wird BVerfGE 7, 198 von Maunz § 13 II 11) und Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132 für die Bejahung einer mittelbaren Drittwirkung im Sinne einer Einwirkung der Grundrechte lediglich auf wertausfüllungsfähige Generalklauseln des Zivilrechts in Anspruch genommen.
- (4) siehe Dürig FS f. Nawiasky S. 176; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132
- (5) H. H. Rupp DVB1 1973, 67
- (6) Burmeister DÖV 1978, 5



Ob zwischen DFB und Spielern sowie Mäzenen und Spielern neben bürgerlichrechtlichen Rechtsnormen auch Normen des GG zu beachten sind, ist eine Frage der Anwendbarkeit einer Norm, die immer vor der konkreten Subsumtion zu behandeln ist. Der verfassungsrechtliche Ansatz besteht so darin, spezifische Verfassungs- und Grundrechtsverletzungen durch die Regelung der Ablösesummen herauszuarbeiten.

- 3.) Bezüglich der individuellen Grundrechtsgewährleistung für die Spieler ist zu berücksichtigen, daß unter Umständen verletzte Grundrechtsbestimmungen betroffenen Spielern überhaupt nicht subjektive Rechte verleihen. Grundsätzlich begründen die Grundwerte subjektive öffentliche Rechte, (1) haben daneben aber noch eine Reihe weiterer Funktionen. (2) Sie sind nicht nur subjektive Rechte, sondern auch objektive Normen, also objektive Rechtssätze, deren Verletzung auch dann rechtswidrig ist, wenn das Individuum, das das Objekt der rechtswidrigen Handlung war, aus prozessualen (3) oder materiellrechtlichen Gründen die Verletzung des objektiven Rechts nicht geltend machen kann. (4) Die Grundrechte sind daher als objektives Recht (5) auch dann zu beachten, wenn die einschlägigen Grundrechtsartikel den betroffenen Fußballspielern gar keine subjektiven Rechte verleihen würden. Zudem könnte aus der privatrechtlichen Gestaltung der Rechtsverhältnisse zwischen DFB, Mäzenen und Spielern folgen, daß die Grundrechte nicht als öffentliche, sondern als privatrechtliche Rechte zu gelten hätten; als Auslegungssätze im Sinne der mittelbaren Drittwirkungslehre Dürigs (6) wären sie wiederum öffentlichrechtliche Rechtssätze. Die soll nur andeuten, wieviel Verwirrung die Drittwirkungsdiskussion in die Grundlagenfragen der Rechtsanwendung zu tragen geeignet ist. In jedem Fall bleibt die Prüfung der Grundrechtsbindung der Ablösesummenpraxis jedoch eine genuin verfassungsrechtliche Fragestellung.

- (1) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 96; BVerfGE 6, 387; Maunz § 13 II 5); Bleckmann S. 156 f.
- (2) Bleckmann S. 155; BVerfGE 6, 71 ff.
- (3) vgl. das Bsp. bei Bleckmann S. 202
- (4) BVerfGE 10, 88; 23, 134; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 95, 99; Schwabe Grundrechtsdogmatik S. 286; Bleckmann S. 202
- (5) nach Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 99 auch als verbindliche Wertentscheidungen.
- (6) Dürig FS f. Nawiasky S. 176; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132

Unabhängig von der Entscheidung über die verschiedenen Drittwirkungstheorien sind die Grundrechte zumindest als Rechtssätze des objektiven Rechts anzusehen und zu berücksichtigen.

4.) Auszugrenzen aus der Untersuchung sind mögliche Verstöße der Ablöseregeln des DFB gegen einfache gesetzliche Normen. So wurde die Auffassung vertreten, daß die Ablöseregelung gegen § 611 BGB i. V. m. § 674 ff. HGB verstößt, (1) da die Wettbewerbsverbotsvorschriften der §§ 74 HGB nach der Rspr. des BAG (2) auf Arbeitsverhältnisse aller Art analog anwendbar seien. Bei dieser Frage handelt es sich um die Auslegung von Normen des BGB und des HGB, bei der keine spezifischen verfassungsrechtlichen Fragen auftreten. Ebenso ohne spezifisch verfassungsrechtlichen Gehalt sind die Folgeprobleme, die sich bei Bejahung der Verfassungswidrigkeit der Ablöseregeln ergeben würden, wie die Verpflichtung des Arbeitgebers zu positivem Tun im Rahmen nachwirkender Vertragspflicht oder nachwirkender Fürsorgepflicht. (3) Auszugrenzen ist schließlich der Bereich kartellrechtlicher Verbotsvorschriften. Die Tatsache, daß der DFB mit allen Spielern bzw. Vereinen einheitliche Lizenzverträge abschließt und eine einheitliche Gestaltung der Vertragsbeziehungen nicht zuletzt auch zwischen Spielern und Verein (4) durchsetzt, hat Anlaß zur Prüfung der kartellrechtlichen Problematik in der Lit. gegeben, wobei von Westerkamp (5) ein Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften verneint wird. Zwar treten auch im Kartellrecht spezifische Grundrechtsbezüge auf, werden die Vereinbarkeit von Kartellen mit der Vertragsfreiheit, (6) der Schutz der Betätigung von Kartellen durch Art. 9 GG (7) und die Vereinbarkeit der Kartellgesetzgebung mit Art. 12 GG (8) geprüft, jedoch betreffen diese Gesichtspunkte nicht die Ablösesummenregelung.

(1) LAG Berlin NJW 1979, 2583; Westerkamp S. 84 ff.

(2) BAG NJW 1970, 626; NJW 1971, 2245

(3) vgl. LAG Berlin NJW 1979, 2584

(4) etwa durch die einschränkenden Regelungen der §§ 28 ff. Lizenzspielerstatut

(5) Westerkamp S. 98 ff; dort weitere Nachweise

(6) Baumbach-Hefermehl Wettbewerbsrecht Allg. Rdn. 50; Maunz § 20 II 2); Bleckmann S. 138

(7) Maunz § 20 II 2

(8) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 99

Der Schutz der Betätigung des DFB nach Art. 9 GG vollzieht sich nicht über kartellrechtliche Normen, da der DFB keine Mehrheit von Unternehmen (1) ist. Grundrechtsbezüge des Kartellrechts brauchen für die Fragestellung ebensowenig berücksichtigt werden wie die einfachgesetzlichen kartellrechtlichen Normen. Schließlich kann der Bereich arbeitsrechtlicher Normen und Schutzvorschriften aus der Untersuchung ausgeschieden werden. Zur arbeitsrechtlichen Stellung der Berufsfußballer existieren bereits verschiedene Untersuchungen (2) auf die hier verwiesen werden kann. Der Komplex von Kündigungsschutzvorschriften, Urlaubs- und Gehaltsansprüchen, die durch Spielertransfer berührt werden können, läßt spezifische Grundrechtsprobleme nicht erkennen. Zu berücksichtigen sind jedoch die zivilrechtlichen Einkleidungen, in denen Grundrechtsprobleme auftreten können. (3) Damit ist die verfassungsrechtliche Problematik abgegrenzt und konkretisiert.

(1) Maunz § 20 II 2

(2) Klatt, passim; Schneider, passim; Poschenrieder, passim

(3) und zwar unabhängig von der vertretenen Drittwirkungstheorie; auch BAG NJW 1962, 1983, das unmittelbare Privatrechtsgeltung des Art. 12 GG annimmt, bejaht einen Verstoß gegen Art. 12 GG in Verbindung mit § 134 BGB

#### § 4 Differenzierung von Fallgestaltungen

Die Notwendigkeit der Differenzierung von Fallgestaltungen wurde bereits betont. Die Regelungen der §§ 28 - 31 Lizenzspielerstatut wirken als Bestandteile des Lizenzvertrages zwischen Spieler und DFB. Demnach ist nach der konkreten Vertragsgestaltung und nach der konkreten Situation des Spielers zu differenzieren.

1.) Bezüglich der Ablösesummen als Voraussetzung für den Vereinswechsel ist zwischen folgenden Fallgruppen zu differenzieren.

a) Zunächst kann differenziert werden, zwischen welchen Vereinen der Wechsel erfolgt.

aa) Zunächst einmal ist der Fall in Betracht zu ziehen, daß ein Spieler, der vorher nicht Lizenzspieler war, (1) nunmehr den Verein wechselt und Lizenzspieler wird. In der Regel bedeutet dies einen Wechsel von einem Amateurligenverein zu einem Verein der 1. oder 2. Bundesliga. Möglich und gebräuchlich ist jedoch auch, daß ein Spieler einem lizenzierten Verein als Amateur angehört und dann innerhalb der Profiligen den Verein wechselt und Profi wird. Die Ablösesummen für Amateure sind in § 32 Lizenzspielerstatut geregelt.

bb) Am geläufigsten ist der Fall, daß ein Spieler als Profi von einem Profiverein der 1. oder 2. Liga zu einem anderen inländischen Profiverein wechselt.

cc) Eine Ablösesumme ist auch beim Wechsel von einem deutschen Verein zu einem ausländischen Verein zu zahlen.

dd) Keine Probleme treten beim Wechsel von Profi- zu Amateurverein und zwischen Amateurvereinen auf. Die dreimonatige Sperre bei der Reamateurisierung übernimmt die vereinswechselbegrenzende Funktion der Ablösesummen, während im Amateurbereich Ablösesummen nicht vorgesehen sind (2) und der Vereinswechsel von ihnen nicht abhängig gemacht werden kann.

(1) der frühere Typus des Vertragsspielers wurde mit Abschaffung der Regionalligen und Einführung der zweiten Bundesligen abgeschafft

(2) jedoch nach Auffassung des OLG Karlsruhe NJW 1978, 324 nicht sittenwidrig i. S. d. § 138 BGB sind

b) Differenzierungskriterium ist ferner die vertragliche Regelung des Spielers zum Verein.

aa) Zunächst interessiert der Fall, daß der befristete Vertrag des Spielers abgelaufen ist, der Spieler vertraglich nicht gebunden ist und dennoch der Vereinswechsel von der Zahlung einer Transferentschädigung abhängig gemacht wird.

bb) Der Spieler kann jedoch auch während der Dauer eines befristeten Vertrages, während der laufenden Saison jedoch nur mit Einschränkungen, den Verein wechseln, wenn der abgebende Verein zustimmt.

cc) Probleme entstehen schließlich auch, wenn ein Spieler rechtswirksam aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) kündigt, da nach § 31 Lizenzspielerstatut auch in diesem Falle eine Transferentschädigung zu zahlen ist.

c) Schließlich ist nach dem Ausmaß der Behinderung beim Vereinswechsel zu unterscheiden.

aa) Unproblematisch ist der Fall, daß der Spieler zu einem bestimmten Verein wechseln möchte, die Vereine sich über die Transfersumme einigen und der Transfer zustande kommt.

bb) Der Spieler kann jedoch in der Wahl eines neuen Vereins eingeschränkt sein, wenn einige der interessierten Vereine nicht bereit oder in der Lage sind, die geforderte Ablösesumme zu zahlen. Die Auswahl des Spielers wird so verkürzt.

cc) Möglich ist schließlich auch, daß der Spieler wegen der Ablöseforderung des alten Vereins überhaupt keinen neuen Verein mehr findet. (1) Die Möglichkeit, sich als Profifußballer zu betätigen, ist ihm dann durch die Ablösesummenforderung genommen.

dd) Scheitert der Wechsel an einer zu hohen Ablösesumme, so ist der Spieler u. U. gezwungen, beim alten Verein zu bleiben.

(1) so ... bei der Entscheidung des LAG Berlin NJW 1979, 2582

2.) Bezüglich der Bewertung und Verwertung von Ablösesummen als wirtschaftlicher Wert sind folgende Fallgruppen zu unterscheiden.

a) In der Bilanz des Vereins, aber auch in der eines Mäzens kann der Spieler angesetzt werden:

aa) in der Höhe der gezahlten Ablösesumme

bb) in Höhe der Ablösesumme, die zur Zeit der Bilanzierung auf dem Transfermarkt erzielbar ist.

b) Der Anspruch auf bei einem zukünftigen Spielertransfer zu erhaltende Ablösesumme kann an Dritte abgetreten werden.

aa) Die Abtretung kann nur in der Höhe der Summe erfolgen, die an Ablöse ursprünglich aufgewandt wurde. Der Dritte profitiert dann von Wertsteigerungen nicht.

bb) Die Abtretung kann auch in voller Höhe der zukünftig zu erlangenden Ablösesumme erfolgen. Der Dritte profitiert dann von Wertsteigerungen.

cc) Schließlich sind Mischformen denkbar. Die Abtretung kann in Höhe einer bestimmten Summe erfolgen, die höher ist als die ursprünglich aufgewandte Ablösesumme. Der Dritte profitiert dann von Wertsteigerungen bis zu einem Fixbetrag. Die Abtretung kann ferner in Höhe eines prozentualen Mehrwerts der zu erlangenden Ablösesumme gegenüber der aufgewandten Ablösesumme liegen. Der Dritte profitiert dann zu einem bestimmten prozentualen Verhältnis von Wertsteigerungen. (1) Damit sind die unterschiedlichen Fallvariationen, in denen Grundrechtsverletzungen durch Ablösesummen auftreten können, dargestellt.

(1) so bei 1860 München, Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21



## Zweiter Teil. Ablösesummen als Behinderung des Vereinswechsels

### § 5 Profifußball als Beruf

Den Schutz des Art. 12 GG können Spieler der Bundesligen als Lizenzspieler nur beanspruchen, wenn es sich bei ihrer Tätigkeit um berufliche Tätigkeit i. S. d. Art. 12 GG handelt. Der sachliche Geltungsbereich von Art. 12 GG ist nur berührt, wenn die Tätigkeit der Lizenzspieler, gegen Bezahlung an Fußballspielen der 1. und 2. Bundesliga und bei internationalen, von FIFA oder UEFA ausgerichteten Wettbewerben sowie am Vereinstraining teilzunehmen, den Leitbegriff des Berufs erfüllt.

#### 1.) Definition des Berufsbegriffs.

Es müßte sich also bei der Tätigkeit der Lizenzspieler um einen Beruf handeln. Beruf ist jede auf Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung. (1) In der Formulierung umstritten ist lediglich, ob der Beruf erlaubt sein muß, (2) oder ob es ausreicht, daß die Tätigkeit nicht schlechthin sozialschädlich ist. (3) Das BVerwG will mit der letzteren Formulierung vermeiden, daß der Gesetzgeber durch einfache Gesetze Tätigkeiten verbietet und so von vornherein dem Schutz des Art. 12 GG entzieht. Diese Gefahr wird auch von Maunz (4) gesehen. Aus dem Berufsbegriff fallen daher nach Ansicht von Maunz (5) nur solche Tätigkeiten heraus, die wegen ihrer Sozialunwertigkeit verboten sind. Ähnlich spricht das BVerwG (6) nur solchen Tätigkeiten den Berufsscharakter ab, die, wie die Tätigkeit als Berufsverbrecher, von vornherein sozialschädlich sind; diese Tätigkeiten können, müssen aber nicht verboten sein. Von einer generellen Sozialschädlichkeit des Fußballspiels kann keine Rede sein.

- (1) BVerwG 22, 287; 1, 93; 2, 86; 4, 254; OVG Münster OVGE 8, 277; Von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. III 2. a); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 19; Erichsen Staatsrecht I S. 20
- (2) so BVerfGE 7, 397; 32, 316; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 19; BVerwGE 2, 111; Fröhler-Kormann GewO § 1 Rdn. 7
- (3) so BVerwGE 22, 288; Bachof Die Grundrechte Bd. III Teil 1 S. 189 f.
- (4) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 20
- (5) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 20
- (6) BVerwGE 22, 289

Im übrigen ist, selbst wenn man die Erlaubtheit des Berufes fordert, (1) das Fußballspiel auch nicht verboten.

a) Dauerhaftigkeit der Berufsausübung

Zweifel an der Dauerhaftigkeit der Berufsausübung könnten sich aus dem Gesichtspunkt der begrenzten Dauer einer Fußballerkarriere ergeben. (2)

Westerkamp (3) folgert aus der nach § 16 Nr. 2 Lizenzspielerstatut unbefristeten Lizenzerteilung eine Dauerhaftigkeit der Berufsausübung. Wenn in Rspr. (4) und Lit. (5) gefordert wird, die Tätigkeit dürfe nicht nur vorübergehender Natur sein, sondern müsse auf Dauer berechnet sein, so ist damit lediglich gemeint, daß gelegentliche Tätigkeiten, die zum Einkommen wenig beitragen, ausgenommen sein sollen. (6) Dabei werden großzügige Maßstäbe angelegt. (7) So hält Maunz (8) bereits die Erstattung von einigen Gutachten im Jahr für ausreichend nachhaltig.

Erforderlich ist demnach nur, daß die Tätigkeit zu Erwerbszwecken betrieben wird und nicht nur gelegentlicher Art ist; auf eine mehrjährige Ausübung kommt es nicht an. Diese Voraussetzungen treffen auf den Lizenzspieler zu. Er verdient mit dem Fußballspiel seinen Lebensunterhalt und spielt bzw. trainiert regelmäßig und nicht nur gelegentlich. Daß daneben die Lizenz unbefristet erteilt wird, (9) spricht zwar zusätzlich für die Nachhaltigkeit der Lizenzspielertätigkeit, ist aber für die Nachhaltigkeit der Lizenzspielertätigkeit und damit für den Berufsbegriff nicht entscheidend.

- (1) wie Fröhler-Kormann GewO § 1 Rdn. 7; BVerwGE 2, 111; mehr beiläufig BVerfGE 7, 397
- (2) so Westerkamp S. 116
- (3) Westerkamp S. 116
- (4) BVerwGE 2, 86; 4, 254; 22, 287; OVG Münster OVG 8, 283)
- (5) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 19; Von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. III 2. a); Erichsen Staatsrecht I S. 20
- (6) OVG Münster OVG 8, 287; Von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. III 2. a)
- (7) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 19
- (8) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 19
- (9) Argument von Westerkamp S. 116

b) Begrenzung der Zahl der Berufsausübenden

Daß die Zahl der Profifußballspieler begrenzt ist, da der DFB Lizenzspieler nur in der 1. und 2. Bundesliga zuläßt und nach dem Lizenzspielerstatut jeder Lizenzverein nicht mehr als 24 Lizenzspieler unter Vertrag halten darf, ist für den Berufsbegriff unerheblich. (1)

c) Zulässigkeit von Zweit- und Nebenberufen

Lizenzspieler können sowohl Vollprofis als auch - in vielen Vereinen der 2. Liga und in der 1. Bundesliga bislang nur bei Darmstadt 98 - Halbprofis sein. Halbprofis üben halbtags noch einen anderen Beruf aus. Entweder handelt es sich dabei um gewöhnliche Halbtagsbeschäftigungen, oder um Beschäftigungen bei Gönnern des Vereins, die den Spieler großzügig zum Training freistellen, oder die Spieler spielen bei Werksmannschaften, (Beispiele: Bayer Leverkusen, Bayer Uerdingen) und die Anstellung ist von vornherein eine Zuwendung des Arbeitgebers an den Spieler, ohne daß es dem Arbeitgeber (in obigem Beispiel die Bayer-Werke) nennenswert auf den Arbeitseinsatz des Spielers ankommt. Nebenberufliche Tätigkeiten von Lizenzspielern sind ebenfalls nicht selten. Spieler setzen ihre Popularität in der Werbung ein oder profilieren sich als Schlagersänger, Talkmaster und Schriftsteller. Nach Auffassung von Börner (2) und H. P. Westermann (3) ist es für die Qualifizierung der Lizenzspielertätigkeit als Beruf unschädlich, daß noch eine andere Tätigkeit ausgeübt wird. Allgemein ist anerkannt, daß mehrere Berufe oder Berufsarten und Arbeitsplätze gleichzeitig gewählt und ausgeübt werden können. (4)

(1) Börner S. 84, der auf das Beispiel der Berufsboxer verweist

(2) Börner S. 85

(3) H. P. Westermann S. 85

(4) BVerwGE 1, 168; 1, 53; 1, 54; Von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. III 5.; Bonner Kommentar-Abraham GG Art. 12 Anm. II 3 a); Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 12 Rdn. 5; BVerfGE 21, 179; die von Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 12 Rdn. 5 zitierten Vorteile BVerfGE 7, 397; 9, 48 und 41, 251 betreffen jedoch andere Probleme und äußern sich nicht zur Möglichkeit, mehrere Berufe gleichzeitig zu betreiben.

Es wäre im übrigen auch eine systemwidrige und nicht zu rechtfertigende Verkürzung des Grundrechtsschutzes, wollte man den Schutz des Art. 12 GG auf nur jeweils einen Beruf oder nur auf Personen, die nur einen Beruf ausüben, erstrecken.

Die Ausübung von weiteren Halbtags- und Nebentätigkeiten neben dem Fußballspielen ist daher für den Berufsbegriff Lizenzspieler unschädlich und unerheblich.

#### d) Sozialwertigkeit und Beitrag zur Gesamtproduktion

Verschiedentlich (1) wird der Berufsbegriff dahingehend eingeschränkt, daß nur Tätigkeiten, die sozial wertvoll oder mindestens doch sozialwertig neutral sind, unter den Berufsbegriff fallen. Damit will Maunz (2) jedoch lediglich eine positive Abgrenzung zu schlechthin gemeinschaftsschädlichen Tätigkeiten vornehmen, jedoch keineswegs soziale Relevanz oder Nützlichkeit fordern. Einschränkender will Klein (3) nur Arbeitstätigkeiten, die auf einen anerkannten Tätigkeitserfolg gerichtet sind und objektiv geeignet sind, diesen Erfolg in sozialgemäßer Weise zu verwirklichen, anerkennen, wobei er als Beispiel die Tätigkeit eines Kurpfuschers, der objektiv nicht in der Lage sei, den Tätigkeitserfolg zu erreichen, anführt. Legte man also die Auffassung von Klein (4) zugrunde, so wäre man zur Auseinandersetzung mit der Frage genötigt, ob Profisport Arbeitstätigkeit sei. (5) Indessen begegnen die von Klein (6) aufgestellten Kriterien dem Einwand mangelnder Bestimmtheit. Beim Fußballspielen stößt man auf die Schwierigkeit, überhaupt einen Tätigkeitserfolg zu bestimmen. Ob dieser darüber hinaus von der Öffentlichkeit anerkannt wird, kann dahinstehen, da das Bedürfnis der Anerkennung durch die Gemeinschaft im Ergebnis doch Wertungen und Nützlichkeitsbewertungen in den Berufsbegriff einfließen läßt.

(1) Maunz - Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 20; Von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. III 2. a)

(2) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 20

(3) Von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. III 2. a)

(4) Von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. III 2. a); vgl. auch H.H.Rupp AöR 92, 212

(5) dazu Poschenrieder, passim, Weiland, passim, Schmidt RdA 1972, 86, 90

(6) von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. III 2. a)

Im übrigen ist es für den Arbeitnehmerbegriff nicht erforderlich, daß die Arbeit berufsmäßig ausgeübt wird, (1) umgekehrt kann deshalb der Berufsbegriff nicht von dem Vorliegen einer Arbeitstätigkeit abhängig gemacht werden. Dementsprechend hat das BVerwG (2) auch die Astrologie, die objektiv nicht geeignet ist, in sozialgemäßer Weise Tätigkeitserfolge zu verwirklichen, als Beruf angesehen. Den gleichen Bedenken begegnet die vereinzelt geforderte (3) Einschränkung, der Beruf müsse wirtschaftlich sinnvoll sein und eine Tätigkeit darstellen, die zur gesellschaftlichen Gesamtleistung beitrage. Abgesehen davon, daß die Ausführungen des BVerfG im Apothekenurteil (4) eher dahingehend, daß jedenfalls auch, aber nicht nur wirtschaftlich sinnvolle Arbeit durch Art. 12 GG geschützt ist, zu verstehen sind und somit entgegen dem Eindruck von Maunz (5) keine Einschränkung des Berufsbegriffs intendieren, sondern im Gegenteil das Grundrecht des Art. 12 GG wegen seiner besonderen Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung einer weiten Auslegung zuführen wollen, hat das BVerwG (6) ausdrücklich die Auffassung vertreten, daß es nicht darauf ankommt, ob die Tätigkeit sinnvoll ist und zur gesellschaftlichen Gesamtleistung beiträgt. Versuche, den Berufsbegriff durch zusätzliche Kriterien wirtschaftlicher oder sozialer Nützlichkeit einzuengen, sind daher abzulehnen. (7)

## 2) Die Berufsbildlehre

Die Versuche des DFB, den Profifußballspielern die berufliche Tätigkeit und damit das Grundrecht des Art. 12 GG abzustreiten, setzten angesichts der Unmöglichkeit, den Berufsbegriff mit den oben genannten Kriterien einzuschränken, demnach folgerichtig an einem anderen Hebel an.

- (1) Schmidt RdA 1972, 86
- (2) BVerwGE 22, 286
- (3) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 20; BVerfGE 7, 397
- (4) BVerfGE 7, 397
- (5) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 20
- (6) BVerwGE 22, 289
- (7) ebenso Achterberg Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts S. 438 f = FS f. Schelsky S. 1 ff.

Dieser Hebel ist die Lehre vom Berufsbild, die eine Einschränkung des Grundrechtsschutzes auf anerkannte Berufsbilder zum Inhalt haben soll. Diese sogenannte Berufsbildlehre, deren Funktion nicht nur unklar ist, sondern die auch vom DFB offensichtlich mißverstanden wurde, präzise zu orten und darzustellen, soll jedoch erst geschehen, nachdem geschildert ist, was der DFB für diese Lehre hält. In 2 Fällen, nämlich im Urteil Nr. 64/71/72 des DFB-Bundesgerichts vom 27.10.1971 (1) und in einem Prozeß vor dem LG Berlin, (2) vertrat der DFB die Auffassung, Teilnahme am bezahlten Fußballsport sei kein Beruf i. S.d. Art. 12 GG, da das Berufsbild des Lizenzspielers nicht den traditionell und rechtlich fixierten Berufsbildern entspreche. (3)

Der terminus des Berufsbilds taucht vor allem in der Rspr. (4) auf und bezeichnet die Typisierung eines Berufes und die rechtliche Fixierung bestimmter Berufe, die dann Ausgangspunkt staatlicher Regelungen des jeweiligen Berufes sind, (5) wobei noch zwischen autonomen, historischen und statuerbaren Berufsbildern unterschieden wird. (6) Nach Auffassung des BVerfG (7) und der h. M. in der Lit. (8) sind jedoch auch untypische Berufe durch Art. 12 GG geschützt. Nach dem BVerfG (9) kann der Gesetzgeber jedoch durch die Fixierung typischer Berufe untypische Tätigkeit im betreffenden Bereich ausschließen.

(1) zitiert nach H. P. Westermann S. 84

(2) siehe das Urteil des LG Berlin vom 15.12.1971, Az. 5 Q 487/71 - Fall Varga -, zitiert bei H. P. Westermann S. 84

(3) Westerkamp S. 116 m. w. N.

(4) BGH DVBl 1953, 471, OVG Lüneburg DÖV 1955, 220; BVerfGE 7, 397; 17, 241; 21, 180

(5) BVerfGE 17, 241; 21, 180; Leibholz-Rinck GG Art. 12 Anm. 3)

(6) Von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. III 2. b)

(7) BVerfGE 7, 397; 17, 241

(8) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 26; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 12 Rdn. 6; Schmidt-Bleibtreu DB 1966, 1148; H. P. Westermann S. 84; Westerkamp S. 117; Hamann-Lenz GG Art. 12 Anm. B 2 b); Börner S. 84; Schmidt RdA 1972, 92; Preis DB 1971, 1571; Paschenrieder S. 248

(9) BVerfGE 7, 397; 17, 241; 13, 106; 21, 180; NJW 1973, 499; ebenso Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 26; Leibholz-Rinck GG Art. 12 Anm. 3



Dahinter steht das Bestreben des BVerfG, (1) gesetzliche Ausbildungsstandards als Mindestanforderung für die Berufswahl zu ermöglichen. (2) Größere Bedeutung wird dem Berufsbildbegriff von Klein, (3) dem BGH (4) und dem OVG Lüneburg (5) zugemessen. (6) Nach Klein (7) ist die Berufsfreiheit nur im Rahmen der allgemein anerkannten Berufsbilder gewährleistet, sind andererseits aber nicht allein Berufe im herkömmlichen Sinne geschützt. Nach dem BGH (8) können Berufe nur so gewählt werden, wie die Berufsart nach dem ihr wesenseigenen Berufsbild bestimmt. Noch zurückhaltender sieht das OVG Lüneburg (9) das Berufsbild als Anknüpfungspunkt für das Erfordernis bestimmter Qualifikationen an. Zwischen dem OVG Lüneburg (10) und dem BVerfG (11) besteht daher (12) kein Unterschied. Dem BGH (13) ging es in erster Linie darum, Beschränkungen nicht nur der Berufsausübung, sondern auch der Berufswahl zu ermöglichen. Vor dem Apothekenurteil des BVerfG (14) sah sich der BGH in der Schwierigkeit, mit dem Wortlaut des Art. 12 GG fertig zu werden. Nur vor diesem Hintergrund sind auch die Ausführungen des BGH (15) verständlich, "es wäre widersinnig, die Berufsaufnahme zunächst jedem zu gestatten, die Berufsausübung aber dann, weil die Berufsfähigkeit nicht gegeben ist, zu untersagen."

- (1) vgl. nur BVerfG NJW 1973, 499 zur Vereinheitlichung der steuerberatenden Berufe
- (2) Leibholz-Rinck GG Art. 12 Anm. 3
- (3) Von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. III 2. b)
- (4) BGH DVBl 1953, 472
- (5) OVG Lüneburg DÖV 1955, 218
- (6) Unklar von Münch-Gubelt GG Art. 12 Rdn. 58, der in der Zwischenzeit die Tätigkeit von Fußballprofis als Beruf anerkennen will, was die Frage nach dem Zustand vor dieser "Zwischenzeit" aufwirft und vermuten läßt, daß er vom Berufsbild des Profifußballers, das einen gewissen Zeitraum benötigt, um sich zu bilden, ausgeht.
- (7) Von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. III 2. b)
- (8) BGH DVBl 1953, 472
- (9) OVG Lüneburg DÖV 1955, 218
- (10) OVG Lüneburg DÖV 1955, 218
- (11) BVerfGE 17, 241; 21, 180
- (12) Westerkamp S. 116 meint, das Urteil des OVG Lüneburg stütze die Ansicht des DFB
- (13) BGH DVBl 1953, 472
- (14) BVerfGE 7, 377
- (15) BGH DVBl 1953, 472

Die Funktion des Begriffes Berufsbild in der Rspr. des BVerfG (1), die mit der des BGH und des OVG Lüneburg (2) übereinstimmt, besteht darin, zu verhindern, daß mit dem Hinweis auf die Berufsfreiheit und den Wunsch, einen atypischen Beruf zu ergreifen, subjektive Zulassungsvoraussetzungen umgangen werden. Das BVerfG will mit der Fixierung von Berufsbildern verhindern, daß jemand Berufe neu erfindet, um Qualifikationen und andere Voraussetzungen für den jeweiligen, eigentlich bezweckten Beruf nicht erfüllen zu müssen. (3) Diese Überlegungen sind für die Berufseigenschaft von Profifußballern unbrauchbar. Den Profifußballern geht es nicht um die Freiheit von Zulassungsvoraussetzungen und Qualifikationsmerkmalen. Es geht nicht darum, neue Berufe zu erfinden, um Grundrechtsschutz reklamieren zu können. Schon diese Überlegungen zeigen, daß es bei der Berufseigenschaft des Profifußballs nicht um die Abgrenzung von typischen und untypischen Tätigkeiten geht. Die Typisierung von Berufsbildern kann nicht nur durch staatliches Recht, sondern auch durch allgemeine Übung, Verbandsstatuten und Verträge geschehen. Der DFB hat durch die Regelungen des Lizenzspielerstatuts und des Lizenzvertrages den Beruf des Profifußballers nicht nur (4) geschaffen, (5) sondern auch geregelt und dadurch typisiert. Der DFB-Lizenzspieler stellt den typischen Profifußballspieler in der Bundesrepublik Deutschland dar. Unter der atypischen Ausübung des Berufs des Profifußballers könnte man sich die Betätigung als Fußballprofi außerhalb des DFB und der von ihm als Vereineinrichtung unterhaltenen Bundesliga vorstellen; bezeichnend ist, daß dies in der Realität nicht vorkommt, bezahlter Fußball also ausschließlich unter der Regie des DFB und seines Regelwerks stattfindet. (6) Die Betätigung als DFB-Lizenzspieler ist die typische Ausübung des Berufsfußballs in der Bundesrepublik. Der DFB-Lizenzspieler ist deshalb zum festfügten Berufsbild geworden. Ein weiterer Einwand gegen den Versuch, mit dem Begriff des Berufsbilds dem Profifußball die Eigenschaft als

(1) BVerfGE 7, 397; 17, 241; 21, 180

(2) BGH DVBl 1953, 471; OVG Lüneburg DÖV 1955, 218

(3) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 26; BVerfGE 17, 241

(4) durch Einführung der Bundesliga 1963

(5) Westerkamp S. 117

(6) Vorstellbar wäre bezahlter Fußball außerhalb des DFB durchaus. Man denke an die Möglichkeit, daß finanzkräftige Personen gegen Bezahlung Fußballspiele zu ihrem Privatvergnügen veranstalten.

Beruf abzusprechen, folgt daraus, daß nach der Rspr. des BVerfG (1) die Wahl untypischer Berufe nur durch den Gesetzgeber unterbunden werden kann. Die Berufsbilder typischer Berufe können gesetzlich fixiert werden, wodurch die Möglichkeit untypischer Betätigung in diesem Bereich verschlossen ist. (2) Die Fixierung von Berufsbildern, die nicht vom Gesetzgeber vorgenommen worden ist, sondern durch allgemeine Übung oder Verbandsregelungen erfolgt ist, bleibt für die Möglichkeit atypischer Betätigung ohne Folgen. (3) Grundsätzlich ist auch das Recht zur Wahl atypischer Berufe gewährleistet, (4) es sei denn, der Gesetzgeber hat diese Möglichkeit verschlossen. (5) Daß lediglich der Gesetzgeber zur Festlegung von Zulassungsvoraussetzungen befugt ist, folgt aus dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 GG. (6) Da nun der DFB nicht Gesetzgeber ist, ist es ihm nicht möglich, durch gesetzliche Fixierung von Berufsbildern den einzelnen auf die Wahl des typischen Berufes zu beschränken. Operationabel ist der Begriff des Berufsbildes nur in der Hand des Gesetzgebers, wobei es allerdings weniger auf den Begriff des Berufsbildes als auf die Konkretisierung der Stufentheorie des BVerfG (7) ankommt. (8)

Ergibt sich so, daß der terminus "Berufsbild" unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt die Berufseigenschaft des Lizenzfußballs einschränken kann, so stellt sich die Frage nach der Funktion der Äußerungen des DFB, (9) die Teilnahme am bezahlten Fußballsport sei kein Beruf. Durch die Beschwörung der vom BVerfG in ganz anderem Zusammenhang gebrauchten Berufsbildlehre scheint der Versuch der Exemption der Fußballsportler vom staatlichen positiven Recht und damit von den Grundrechten durch. Die Berufsbildlehre ist dabei nur der Mantel, mit der

(1) BVerfGE 7, 397; 17, 241; 21, 180

(2) BVerfGE 13, 106; 17, 241; 21, 180; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 26; Leibholz-Rinck GG Art. 12 Anm. 3

(3) BVerfGE 17, 241; 3, 397

(4) BVerfGE 7, 397

(5) BVerfGE 17, 241

(6) siehe auch BVerfGE 7, 377

(7) BVerfGE 7, 377 - Apothekenurteil

(8) Diesen Zusammenhang betonen auch v. Münch-Gubelt GG Art. 12 Rdn. 14

(9) siehe H. P. Westermann S. 84

die offene Präsentation der Vorstellung, es gehe nur um Sport und nicht um Recht, (1) zugedeckt werden soll. Der Schuß, mit dem der DFB im Jahre 1971 die Angriffe auf die DFB-Verbandsgerichtsbarkeit (2) treffen wollte, ging allerdings nach hinten los, legt doch die Berufung auf die Berufsbildlehre die Vorstellung nahe, der DFB habe seinen Kriterien nicht mehr, also keine weiteren Argumente, entgegenzusetzen als einen mißverstandenen Rechtsbegriff. Die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) steht daher, da es sich bei dem Lizenzfußball um berufliche Tätigkeit handelt, den Lizenzspielern als subjektives Grundrecht (3) zu.

(1) siehe das Zitat eines DFB-Funktionärs bei H. P. Westermann JZ 1972, 537

(2) siehe H. P. Westermann S. 84

(3) Daß Art. 12 GG ein subjektives Grundrecht und nicht nur, wie noch in Art. 151 III Weimarer Reichsverfassung, die Proklamierung eines objektiven Prinzips der Wirtschaftsordnung gewährt, ist unbestritten; Leibholz-Rinck GG Art. 12 Rdn. 1; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 2, 5; von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. VI 1.; BVerfGE 7, 397; BVerfG DVBl 1979, 408; BAGE 13, 168

## § 6 Die Problematik einer privatrechtlichen Wirkung der Berufsfreiheit

Bevor Verletzungen der Berufsfreiheit durch die DFB-Ablösebestimmungen herausgearbeitet und die Schranken, denen das Grundrecht des Art. 12 GG für die Spieler in concreto ausgesetzt ist, präzisiert werden können, muß zunächst einmal dargetan werden, daß das Grundrecht der Berufsfreiheit in den Rechtsbeziehungen zwischen DFB und Lizenzspielern überhaupt anwendbar ist. Der DFB ist als eingetragener Verein (1) juristische Person des Privatrechts. Es handelt sich also bei dem DFB und den jeweiligen Spielern um Privatrechtssubjekte, zwischen denen grundsätzlich Privatrecht gilt. Etwas anderes könnte lediglich gelten, wenn der DFB als Beliehener staatliche Aufgaben wahrnimmt. Dies ist jedoch nicht der Fall; dennoch sind Versuche gemacht worden, den DFB öffentlichrechtlichen Bindungen zu unterstellen, um eine Grundrechtsgeltung zu begründen. Die Geltung von Grundrechten unter Privatrechtssubjekten wird als Drittwirkung bezeichnet, wobei umstritten ist, ob eine unmittelbare oder nur eine mittelbare Drittwirkung anzunehmen ist.

Diese herkömmliche Definition der Drittwirkung zeichnet sich dadurch aus, daß sie lediglich auf die berechtigten und verpflichteten Rechtssubjekte abstellt, und übersieht, daß ebenso wie Private als Beliehene Aufgaben öffentlicher Verwaltung übernehmen können, (2) Behörden privatrechtlich handeln können. Bei privatrechtlichem Behördenhandeln wird danach differenziert, ob unmittelbar öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden oder nicht. Werden unmittelbar öffentliche Aufgaben in privatrechtlicher Form wahrgenommen, so gelten im Rahmen dieses Verwaltungsprivatrechts die Grundrechte, was mit Art. 1 III GG begründet wird. (3)

(1) § 1 der Satzung des DFB

(2) Wolff-Bachof II § 104 I, V; BVerwGE 29, 169; Erichsen VerwR I S. 173; v. Mutius VerwArch 64 (1973), 442

(3) BGHZ 29, 76; 36, 91; 65, 287; 52, 325; OVG Münster DVBl 1958, 103; Wolff-Bachof I § 23 II b) 1); Stein § 24 II 4); Meyer-Borgs VwVfG § 1 Rdn. 6

Die Grundrechtsgeltung folgt daraus, daß die Verwaltung im Rahmen des Verwaltungsprivatrechts, obwohl privatrechtlich handelnd, der Funktion nach öffentliche Gewalt ausübt. (1) Der Ausgangspunkt dieser h. M., daß öffentliche Aufgaben in privatrechtlicher Form betrieben werden können und die Behörde bei fehlender gesetzlicher Regelung ein Wahlrecht hat, ob sie Leistungen in öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Form erbringt, (2) da es auf die Form des Handelns ankommt, (3) ist von Pestalozza (4) angegriffen worden. Da Pestalozza bei Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die Behörde in jedem Fall öffentliches Recht angewandt wissen will, kommt auch er zur Geltung der Grundrechte. Werden nicht unmittelbar öffentliche Aufgaben von der Verwaltung wahrgenommen, so wird von fiskalischer Verwaltungstätigkeit gesprochen, worunter Bedarfsdeckung und Beschaffung, Vermögensverwaltung und die erwerbswirtschaftliche Teilnahme des Staates am Wirtschaftsverkehr fallen. (5) Nach wohl überwiegender Meinung (6) ist der Staat bei fiskalischem Tätigwerden nicht an die Grundrechte gebunden. Anderer Auffassung sind Erichsen (7) und Hesse (8), die jede Staatstätigkeit der Grundrechtsbindung unterstellen wollen, da sonst ein Reservat staatlichen (fiskalischen) Handelns außerhalb der Verfassung verbleibe. Folgt man der überwiegenden Meinung, dann hängt somit die Grundrechtsgeltung des Staates davon ab, ob unmittelbar öffentliche Aufgaben erfüllt werden. Andererseits verbleibt mit der Gruppe der rein fiskalischen Hilfsgeschäfte ein Bereich staatlicher Tätigkeit, (9) in dem die Grundrechte nicht gelten.

(1) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 19 IV Rdn. 19; Meyer-Borgs VwVfG § 1 Rdn. 6

(2) so BVerwGE 13, 54; BGHZ 38, 51; Meyer-Borgs VwVfG § 1 Rdn. 6; Wolff-Bachof I § 23 I a)

(3) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 19 IV Rdn. 19; Meyer-Borgs VwVfG § 1 Rdn. 6

(4) Pestalozza DÖV 1974, 188

(5) Wolff-Bachof I § 23 II a)

(6) BVerwGE 39, 238; Wolff-Bachof I § 23 II a); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 138; Bullinger Vertrag u. VA S. 102; Stein § 24 II 4)

(7) Erichsen Staatsrecht I S. 111 f

(8) Hesse § 11 I

(9) jedenfalls nach der h. M., die für die Klassifikation der Tätigkeitsformen zugrundegelegt werden soll

## 2.) Drittwirkung als Problem des Rechtsverhältnisses

Die Drittwirkungsdiskussion wurde bislang lediglich unter der Fragestellung geführt, ob zwischen zwei Privaten Grundrechte gelten. Dabei wurde allein auf die Qualifizierung des handelnden Rechtssubjektes geachtet und der Gegenstand des Handelns vernachlässigt. Der Private, gegen den sich Grundrechtsansprüche bzw. die Geltendmachung von Grundrechtswerten durch den privaten Anspruchsteller bzw. Kläger richten, ist nach herkömmlicher Terminologie der "Dritte", der vom Staat und vom die Grundrechtsverletzung geltend machenden Privaten verschieden ist. Er schleicht sich jedoch nicht in die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Privaten ein, steht nicht in Rechtsbeziehungen sowohl zum Staat als auch zum Privaten wie in den Nachbarfällen im Baurecht oder den Fällen begünstigender Verwaltungsakte mit drittbelastender Doppelwirkung, sondern tritt lediglich zu einem anderen Privatmann in Rechtsbeziehungen. Suggestierte der Begriff der Drittwirkung das Vorhandensein von 2 anderen Beteiligten, so wäre er deshalb bereits schief. Zwischen Privaten kann auch öffentliches Recht gelten. Ist ein Privater als Beliehener tätig, so ist er an die Grundrechte gebunden. (1) Die Rechtsverhältnisse zwischen Beliehenem und Privatem sind öffentlich-rechtlich, sofern sie auf einem öffentlich-rechtlichen Rechtssatz beruhen, im übrigen jedoch privatrechtlich. (2) Möglich ist auch, daß zwischen zwei Privaten ein öffentlich-rechtlicher Vertrag abgeschlossen wird. (3) Die Tatsache, daß sowohl der Staat privatrechtlich als auch Private öffentlich-rechtlich handeln können, legt nahe, den Blick vom handelnden Subjekt auf die Handlungsform zu verschieben. Dennoch wird in der Lit. isoliert danach gefragt, ob die Grundrechte zwischen zwei Privaten gelten. Stein (4) meint, die Grundrechtsgeltung bei privatrechtlicher Tätigkeit des Staates sei kein Problem der Drittwirkung.

(1) BVerfGE 10, 327; Bleckmann S. 136; Hesse § 11 II

(2) Wolff-Bachof II § 104 V a) 1.)

(3) Wolff-Bachof I § 44 II a) 1); Pestalozza DÖV 1974, 192; JZ 75, 53, Imboden Vertrag S. 43 f.; Stern VerwArch 49 (1958), 148

(4) Stein § 24 II 4)



Ebenso hält Hesse (1) das Problem der Drittwirkung nur zwischen Privaten, nicht bei privatrechtlichem staatlichen Handeln für gegeben. Den Zusammenhang von Verwaltungsprivatrecht und Drittwirkung sieht lediglich Schwabe, (2) der daraus allerdings zu weitreichende Folgerungen zieht. Durch die Fragestellung, ob Grundrechte zwischen zwei Privaten gelten, wird der grundlegende Zusammenhang aus dem Auge verloren. Indem lediglich Konfliktsituationen zwischen zwei Privaten betrachtet werden, wird verdrängt, daß sich dasselbe Sachproblem auch bei privatrechtlicher Staatstätigkeit stellt. Da Private auch öffentlichrechtlich (als Beliehene) handeln können, kommt es für die Frage der Grundrechtsgeltung nicht immer und allein darauf an, ob es sich bei demjenigen, dem eine Grundrechtsverletzung vorgeworfen wird, ein Privatrechtssubjekt ist. Umgekehrt kann im Rahmen privatrechtlicher Verträge der Staat grundrechtsgebunden sein, (bei Verwaltungsprivatrecht) kann jedoch auch, jedenfalls nach der überwiegenden Meinung (3) im Falle fiskalischer Tätigkeit von den Grundrechten suspendiert sein. Aus diesem Grunde ist die rechtliche Qualifikation des handelnden Subjektes nicht das alleinige Differenzierungskriterium für die Frage der Grundrechtsgeltung.

Kann die Grundrechtsgeltung aber weder mit der Qualifikation des handelnden Subjektes als Privatrechtssubjekt verneint bzw. als Drittwirkungsproblem problematisiert werden noch mit der Qualifikation des handelnden Subjektes als juristische Person des öffentlichen Rechts automatisch bejaht werden, so bleibt als Kriterium die Rechtsnatur des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, die sich in der Regel mit der Handlungsform deckt, über. Demnach liegt die Problematik einer privatrechtlichen Wirkung der Berufsfreiheit darin, ob Art. 12 GG auch innerhalb privatrechtlicher Rechtsverhältnisse gilt.

(1) Hesse § 11 I

(2) Schwabe S. 54

(3) BGHZ 36, 91; BGH NJW 1977, 629; BVerwGE 39, 238; Wolff-Bachof I § 23 II a); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 138; Bullinger Verlag u. VA S. 102; Stein § 24 II 4)

Diese Fragestellung ermöglicht es, die Fälle herkömmlicher "Drittwirkung" und die Fälle privatrechtlicher Tätigkeit des Staates miteinander in Beziehung zu setzen und aus der tatbestandlichen Verschiedenheit der verschiedenen Fallkonstellationen Erkenntnisse zu ziehen. Sie ermöglicht weiter, das Rechtsverhältnis des privatrechtlichen Vertrages mit dem öffentlichrechtlichen Vertrag zu vergleichen und diese Differenzierung für die Konkretisierung der Grundrechtsgeltung im privatrechtlichen Vertrag zu nutzen. Der Problemkreis der Drittwirkung der Grundrechte wird damit aus einer dogmatischen Isolierung befreit und in dogmatische Gesamtzusammenhänge eingebettet. Ist die Drittwirkung der Grundrechte somit ein Problem des Rechtsverhältnisses, so lautet das Problem nunmehr, ob das Grundrecht des Art. 12 GG innerhalb der privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen DFB und Lizenzspieler gilt.

### 3.) Drittwirkung als Problem der Anwendbarkeit von Normen.

Nach dem Gesagten könnte es scheinen, als ob der Begriff der Drittwirkung für die Erfassung der Grundrechtsgeltung in privatrechtlichen Rechtsbeziehungen inadäquat sei. So wird auch unter Hinweis auf die diesen terminus spärlich verwendende Judikatur des BVerfG bisweilen dem Begriff der Drittwirkung die Relevanz abgesprochen; (1) dabei meint Schwabe, (2) daß es sich bei der Drittwirkungsproblematik um ein Scheinproblem handle. Mag jedoch auch die Bezeichnung Drittwirkung schief sein, indem sie mehr als zwei Beteiligte suggeriert und darüber hinaus unterstellt, daß die Grundrechte aus ihrem eigentlichen Anwendungsbereich herausgerissen werden, so ändert sich doch nichts an dem zugrundeliegenden Sachproblem, daß die Grundrechtsgeltung des Art. 12 GG innerhalb eines privatrechtlichen vertraglichen Rechtsverhältnisses begründungsbedürftig ist. Dabei dürfen Differenzen in der Formulierung nicht dazu dienen, das zugrundeliegende Sachproblem zu verdecken.

- (1) so von H. H. Rupp DVBl 1972 67; NJW 1972, 16; Hamel Staatsrecht I S. 88 f.; Burmeister DÖV 1978, 5
- (2) Schwabe S. 157; JR 1975, 13; NJW 1973, 229

In Frage steht die Anwendbarkeit des Art. 22 GG als Rechtsnorm in den privatrechtlichen Beziehungen zwischen DFB und Spieler, wobei es sachlich nicht bedeutend ist, ob man für diese Frage der Anwendbarkeit einer Norm des GG den Begriff Drittwirkung weiter verwendet oder nicht. Im folgenden soll der Begriff der Drittwirkung weiter verwendet werden, daß es sich allgemein eingebürgert hat, im Rahmen der Grundrechtsgeltung in privatrechtlichen Rechtsbeziehungen von Drittwirkung zu sprechen, ohne daß damit die Bezüge und Querverbindungen, die der umstrittene Begriff oftmals (1) verdeckt, aus dem Blick verloren werden.

#### 4.) Drittwirkung als Streit der Autoritäten

Daß die Drittwirkungsproblematik nichts anderes ist als das Problem der Anwendbarkeit von Grundrechten in Privatrechtsbeziehungen und somit es naheliegt, daß die Frage der Anwendbarkeit für jede Grundrechtsnorm gesondert zu beantworten ist, hindert die einschlägigen Stellungnahmen in der Lit. nicht, zumeist pauschal die Drittwirkung der Grundrechte, also aller Grundrechte, im Privatrecht zu erörtern, was für die Argumentation nicht folgenlos bleibt. Für eine unmittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr haben sich Nipperdey (2) und die von ihm maßgeblich beeinflusste Rspr. des BAG (3) sowie eine Anzahl von Autoren in der Lit. (4) ausgesprochen. Ebenfalls vertreten wird diese Auffassung von Schwabe, (5) der allerdings nicht nur den terminus der Drittwirkung für ungeeignet hält, sondern darüber hinaus auch meint, daß es sich bei dem Problem der Grundrechtsgeltung im Privatrecht um ein Scheinproblem handle. (6)

(1) wie bei Hesse § 11 I und Stein § 24 II 4)

(2) Nipperdey Die Grundrechte II S. 20; Grundrechte u. Privatrecht S.17, 26; RdA 1950, 121; DVBl 1958, 445

(3) BAGE 1, 191; 1, 262; BAG NJW 1962, 1981; JZ 1964, 183

(4) so außerdem Hamel Dt. Staatsrecht I S. 88 f; Leisner Grundrechte u. Privatrecht S. 403; Herbert Krüger NJW 1949, 163; Hildegard Krüger Fam. RZ 1956, 329; Ramm Freiheit der Willensbildung S. 53; JZ 1964, 584; JZ 1966, 220; G. Müller RdA 1964, 121; offengelassen wird die Frage von Neumann-Duesberg JZ 1964, 186, der aber die Auffassung des BAG zugrundelegt und von einer unmittelbaren Drittwirkung des Art. 12 GG ausgeht.

(5) Schwabe Die sogenannte Drittwirkung S. 38, 47, 157; NJW 1973, 229

(6) Schwabe Die sogenannte Drittwirkung S. 157; AöR 100 (1975), 470

Die gegenteilige Auffassung, daß die Grundrechte lediglich mittelbar in das Zivilrecht einwirken, wurde hauptsächlich von Dürig (1) begründet. Ihm folgt ein Großteil der Lit. (2) Dabei versteht Dürig (3) unter mittelbarer Drittwirkung das Einwirken des Wertgehaltes von Grundrechtsnormen in das Privatrecht durch wertausfüllungsbedürftige Normen des Privatrechts. Nach Auffassung von Dürig vollzieht sich dieser Vermittlungsprozess zwischen Grundrechten und Privatrecht in dreierlei Weise. Zunächst könnten die Grundrechte zur Wertverdeutlichung von Zivilrechtsvorschriften dienen, indem sie deren plakativen und floskelhaften Wortlaut verdeutlichen und ihren werthaftern Sinn erhellen. (4) Weiter dienen die Grundrechte zur Wertakzentuierung und Wertverschärfung, indem sie den Begriff der Sittenwidrigkeit beeinflussen; so könne ein Verhalten, das früher sittenwidrig gewesen ist, durch Verschiebung der verfassungsrechtlichen Wertakzente nun nicht mehr sittenwidrig sein. (5) Schließlich dienen die Grundrechte der Schließung von Wertschutzlücken des Zivilrechts. Dort, wo das Zivilrecht beim Schutz von Werten ausnahmsweise versage, seien die Grundrechte zur Schließung dieser Lücke heranzuziehen. (6) Die Grundrechte werden demnach durch die zivilrechtlichen Generalklauseln mediatisiert. Die Transformation der Grundrechte ins Privatrecht vollzieht sich über ihren Wertgehalt, der bei der Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln, insbesondere § 242 BGB, (7) § 826 BGB und § 138 BGB zu berücksichtigen ist.

- (1) Dürig FS f. Nawiaskey S. 176 ff; Dürig Die Grundrechte II, S. 525; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132
- (2) Hesse § 11 II; Stein § 24 II 3.); Bleckmann S. 141 ff; Maunz § 13 II 11.); Coing JZ 1958, 560; Staudinger-Coing BGB Einl. vor § 1 Rdn. 191 ff; Reimers passim, Geiger S. 37; Achterberg JZ 1975, 718
- (3) Dürig FS f. Nawiaskey S. 176
- (4) Dürig FS f. Nawiaskey S. 177 f; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 133
- (5) Dürig FS f. Nawiaskey S. 178 f; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 133
- (6) Dürig FS f. Nawiaskey S. 179 f.
- (7) von Mangoldt-Klein GG Vorbem. zu d. Grundrechten A II 4d; Hamann-Lenz GG Vorm. zu d. Grundrechten Rdn. 6; Erichsen Staatsrecht I S. 58; H. H. Klein S. 59 f; Palandt-Heinrichs BGB § 242 Anm. 1 d); von Münch-Herdmerten GG Art. 1 Rdn. 40; Wolff-Bachof I § 33 V a) 1); noch weit zurückhaltender Starck JuS 1981, 244 f., der der Auffassung ist, daß lediglich das in den Grundrechten zum Ausdruck gebrachte Menschenbild im Privatrecht beachtet werden müsse.

Nicht recht in diese Systematik paßt ein auf Art. 1 und 2 GG gestütztes allgemeines Persönlichkeitsrecht, (1) das Dürig anerkennt, aber als Ausdruck der Verwirklichung von Wertvorstellungen des Grundgesetzes begreift und dem Zivilrecht als eigenständiges Rechtsinstitut zuweist. (2) Hält Dürig seine Auffassung, lediglich die zivilrechtlichen Generalklauseln seien die Einbruchstellen der Grundrechte, also im Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur unvollkommen durch, indem er gezwungen ist, den Begriff des "sonstigen Rechts" i. S. d. § 823 I BGB als zivilrechtliche Generalklausel zu sehen, aus der auf Grund grundgesetzlicher Wertvorstellungen zivilrechtliche Abwehrrechte wie das Recht auf den räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe, das Recht auf private Aufzeichnungen und das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu entwickeln sind, (3) so wird die Beschränkung der mittelbaren Drittwirkung auf die wertausfüllungsbedürftigen und wertausfüllungsfähigen Generalklauseln des Zivilrechts (4) von Achterberg (5) und Heinrichs (6) für unzureichend gehalten. Achterberg (7) bejaht eine mittelbare Drittwirkung über ausdrückliche oder konkludente gesetzliche Ermessenssätze. Heinrichs (8) befürwortet neben der Einwirkung der Grundrechte auf die zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 242, 138, 826 BGB) die Geltung von Grundrechten als subjektive private Rechte, die als solche in das System des bürgerlichen Rechts übernommen werden könnten, und führt als Beispiel für solche Rechte das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf freie Meinungsäußerung als Grenze des Ehrschutzes an.

(1) anerkannt durch BGHZ 13, 334

(2) Dürig FS f. Nawiasky S. 180 f.

(3) Dürig FS f. Nawiasky S. 180 f.

(4) so die Formulierung von Dürig FS f. Nawiasky S. 176; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132; Dürig Die Grundrechte II S. 525; so außerdem Bosch-Habscheid JZ 1956, 300

(5) Achterberg JZ 1975, 718

(6) Palandt-Heinrichs BGB § 242 Anm. 1d)

(7) Achterberg JZ 1975, 718

(8) Palandt-Heinrichs BGB § 242 An. 1 d)

Darüber hinaus könnten auch einzelne Grundrechte Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB enthalten. (1) Diese Differenzierungen innerhalb der Vertreter einer mittelbaren Drittwirkung zeigen, daß die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung keinesfalls mit der Auffassung von Dürig, (2) lediglich die wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln des Zivilrechts seien die Einbruchstellen der Grundrechte, identisch ist. Die Tatsache, daß der Wertbegriff Dürig's (3) von verschiedenen Befürwortern einer mittelbaren Drittwirkung (4) nicht gebraucht wird, zeigt, daß sich unter dem Etikett der mittelbaren Drittwirkung verschiedene dogmatische Ansätze verbergen und differenzierte Problemlösungen vertreten werden.

Die gänzliche Verneinung einer Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr wurde seit 1951 nicht mehr vertreten. (5) Allerdings wurde kurz nach Inkrafttreten des GG als Reaktion auf die These Nipperdey's (6) die Auffassung vertreten, die Grundrechte seien nur im Verhältnis zum Staate von Bedeutung, äußerten jedoch keinerlei Drittwirkung. (7) Dabei ist jedoch zu beachten, daß diese Äußerungen im Zusammenhang mit der Kontroverse mit Nipperdey zu sehen sind, der (8) die unmittelbare Anwendung des Art. 3 II GG in dem Sinne befürwortet, daß Frauen für gleiche Leistung den gleichen Lohn wie Männer erhalten sollten. Die Verneinung jedweder Drittwirkung bezieht sich explizit allein auf Art. 3 II GG, wobei zu konstatieren ist, daß Art. 3 GG ohnehin in der Drittwirkungsdiskussion eine Ausnahme bildet. (9)

- (1) Palandt-Heinrichs BGB § 242 Anm. 1 d; § 134 Anm. 2 d); explizit befürwortet jedoch nur für Art. 9 III, 48 II und 38 I GG
- (2) Dürig FS f. Nawiasky S. 176; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132; Dürig Die Grundrechte II S. 525; JZ 1953, 199
- (3) vgl. Dürig FS f. Nawiasky S. 176 ff.
- (4) so von Achterberg JZ 1975, 717; Palandt-Heinrichs BGB § 242 Anm. 1 d); Hesse § 11 II; Stein § 24 II 3)
- (5) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 131; Achterberg JZ 1975, 717; Hamann-Lenz GG Vorbem. v. Art. 1 Rdn. 4)
- (6) Nipperdey RdA 1950, 121
- (7) Schmidt-Rimpler-Gieseke-Friesenhahn-Knur AöR 76 (1950), 169 f.; Schätzel RdA 1950, 250; nach Hamann-Lenz GG Vorbem. v. Art. 1 Rdn. 6 auch Ule DV 1949, 333
- (8) Nipperdey RdA 1950, 121
- (9) Schwabe S. 149 ff. S. 157 f.

Aus diesem Grunde ist es schon vom Ausgangspunkt her verfehlt, wenn (1) das Problem der Drittwirkung von Grundrechten überhaupt, also auch von Freiheitsrechten, an einem Gleichheitsrecht erörtert wird und für die Argumentation Art. 3 II GG zugrundegelegt wird, ohne daß auf die besonderen Schwierigkeiten, die der Gleichheitssatz in der Anwendung im Privatrecht bereitet, eingegangen wird. Wenn darüber hinaus von Hamann-Lenz (2) und Schmidt-Rimper-Gieseke-Friesenhahn-Knur (3) auch Ule (4) für eine Ablehnung jeder Drittwirkung in Anspruch genommen wird, so wird Ule diese Auffassung lediglich unterstellt, denn Ule betont lediglich die grundsätzliche Staatsgerichtetheit der Grundrechte und auch dies nur in dem Zusammenhang, daß das GG Schutz vor totaler staatlicher Herrschaftsgewalt bietet, äußert sich jedoch überhaupt nicht zu Problemen der Drittwirkung, also zu der Frage, ob die Grundrechte neben der Funktion als staatsgerichtete Abwehrrechte außerdem noch Bedeutung im Privatrechtsverkehr haben. Die Ansicht, die Grundrechte hätten keinerlei Bedeutung für das Privatrecht, ist jedoch nicht allein anti-quiet und nurmehr von rechtshistorischem Interesse, sondern kann auch mit dem Verweis auf Art. 9 III GG, wonach die Koalitionsfreiheit einschränkende Abreden privatrechtlich nichtig sind, ad acta gelegt werden.

Während zur Frage der Grundrechtsgeltung im Privatrecht eine große Zahl von Stellungnahmen zu verzeichnen ist, die im wesentlichen in die Meinungsgruppen der Befürwortung einer unmittelbaren Drittwirkung einerseits und einer mittelbaren Drittwirkung andererseits eingeordnet werden kann, wobei die gänzliche Verneinung einer Drittwirkung vernachlässigt werden kann und im Folgenden nicht weiter berücksichtigt wird, sind die Stellungnahmen zur Privatrechtswirkung

(1) wie bei Schmidt-Rimper-Gieseke-Friesenhahn-Knur AöR 76 (1950), 169, 178; Schätzel RdA 1950, 250

(2) Hamann-Lenz GG Vorbem. v. Art. 1 Rdn. 6

(3) Schmidt-Rimper-Gieseke-Friesenhahn-Knur AöR 76 (1950), 170

(4) Ule DV 1949, 333 f.)



des Art. 12 GG spärlicher anzutreffen. Während Rauball, (1) Gamillscheg, (2) Nipperdey, (3) G. Müller (4) und das BAG (5) eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 12 GG vertreten, konzediert eine verbreitete Meinung (6) lediglich eine mittelbare Drittwirkung der Berufsfreiheit. Noch spärlicher finden sich Versuche der Begründung einer Anwendbarkeit des Art. 12 GG in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen, wobei Begründungsdefizite entweder durch pauschale Rezeption einer "Lehre" von der unmittelbaren respektive der mittelbaren Drittwirkung oder durch den Hinweis auf das gewünschte, weil für notwendig gehaltene Ergebnis entstehen. (7) Quasi zum Ausgleich für derlei Defizite wird stattdessen versucht, die jeweils vertretene Drittwirkungstheorie als h. M. erscheinen zu lassen, um mit der Anzahl der zitierten Protagonisten der jeweils vertretenen Theorie auch die Bedeutung der eigenen Meinung steigen zu lassen. So stellt Hildegard Krüger (8) die Theorie der unmittelbaren Drittwirkung als herrschende Auffassung dar.

- (1) Rauball S. 294 ff.
- (2) Gamillscheg AcP 164, 441, 416
- (3) Nipperdey DVBl 1958, 460
- (4) G. Müller RdA 1964, 123
- (5) BAG NJW 1962, 1981 f.; JZ 1964, 183
- (6) von Münch-Gubelt GG Art. 12 Rdn. 1, 58; Hamann-Lenz GG Art. 12 Rdn. 3; Bachof Die Grundrechte Bd. III/1 S. 173 f.; Achterberg JZ 1975, 717 f; JZ 1976, 441 f; Westerkamp S. 115; unklar Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 4, wonach die Drittwirkung des Art. 12 GG wenn überhaupt, nur schwach entwickelt sei, jedoch eine gewisse Drittwirkung im Fall von Kündigungsbeschränkungen zu bejahen sei
- (7) Noch deutlicher als bei den oben genannten Autoren ist die Argumentation vom Ergebnis her bei Preis DB 1971, 1571 sowie neueren Urteilen des LAG Berlin NJW 1979, 2582 und des BAG NJW 1979, 2223. Die dogmatische Konstruktion der Drittwirkung - unmittelbare oder mittelbare - wird offengelassen, da das Ergebnis in gleicher Weise erreicht wird, und von Preis als "mehr formale Frage der Einkleidung" bezeichnet. Dabei treten sämtliche Probleme der Anwendbarkeit wie auch der Begrenzung des Grundrechts in den Hintergrund, um einer konkreten, fallbezogenen Argumentation auf das gewünschte Ergebnis hin Platz zu machen.
- (8) Hildegard Krüger FamRZ 1956, 329; zahlreiche der von ihr zitierten Stellungnahmen befassen sich mit familienrechtlichen Fragen

Auch G. Müller (1) hält die Theorie der unmittelbaren Drittwirkung für die vielleicht schon herrschende Meinung. Entgegen-  
gesetzt dazu glaubt Dürig, (2) seine Auffassung sei längst un-  
bestrittene Lehrmeinung. Ähnlich hält Erichsen, (3) der die mittel-  
bare Drittwirkung vertritt, die Ablehnung einer unmittelbaren  
Drittwirkung für die heute ganz herrschende Auffassung. Für Art. 12  
GG hält Gubelt (4) es für ausgemacht, daß die Ablehnung unmittel-  
barer Drittwirkung h. M. ist. Angesichts des oben dargestellten  
Meinungsstandes erscheint es zweifelhaft, ob überhaupt eine  
herrschende oder doch überwiegende Meinung auszumachen ist. Zu-  
mindest aber verführen die Versuche, eine Auffassung als die  
herrschende auszugeben, dazu, nurmehr die Anzahl der jeweiligen  
Stellungnahmen zu zählen und dabei die eigentliche Argumentation  
aus dem Blickfeld zu verlieren. (5) Mit der pauschalen Befür-  
wortung einer der beiden Drittwirkungslehren und der Suche nach  
herrschenden Mehrheiten ist es also nicht getan. Drittwirkung als  
Streit der Autoritäten, die sich auf den sanior, melior oder valentior  
pars (6) berufen, verdeckt eher Aspekte, die für eine Differenzierung  
der Problemlösung nutzbar gemacht werden können.

Überraschen mag vielleicht, daß in dieser Darstellung des Meinungs-  
standes die Rspr. mit Ausnahme der Rspr. des BAG ausgeklammert ge-  
blieben ist. Diese Vorgehensweise wurde deshalb gewählt, weil BGH  
und BVerfG bei der Behandlung von Grundrechtsproblemen in Privat-  
rechtsverhältnissen eine erstaunliche Bandbreite von Argumenta-  
tionsmustern und Lösungstechniken bieten, die die Einordnung in die  
oben dargestellten Theorien zumindest erschwert. Paradigmatisch  
sind jedoch die Versuche in der Lit. die höchstrichterliche Rspr. für  
die eigene Auffassung zu vereinnahmen.

- (1) G. Müller RdA 1964, 121, der unter Drittwirkung allein unmittel-  
bare Drittwirkung versteht
- (2) Dürig FS f. Nawiasky S. 177
- (3) Erichsen Staatsrecht I S. 58
- (4) von Münch-Gubelt GG Art. 12 Rdn. 1
- (5) kritisch zu Methoden der Überredung, die die Anhängerschaft  
der jeweiligen Meinung als größer oder doch bedeutender er-  
scheinen lassen, Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 254 f.
- (6) vgl. dazu Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 255

G. Müller (1) zieht das Lüth-Urteil (2) als Beleg für seine Behauptung unmittelbarer Drittwirkung heran. Zurückhaltender wird das Urteil von Schwabe (3) gewertet, der lediglich vermutet, das BVerfG habe sich von der Konzeption von Dürig mitbestimmen lassen, jedoch meint, das BVerfG habe sich nicht voll mit der Theorie Dürigs identifiziert. (4) Demgegenüber sieht Dürig (5) im Lüth-Urteil (6) eine Bestätigung seiner Auffassung. Auch Heinrichs (7) und Bleckmann (8) sehen im Lüth-Urteil eine Bestätigung der Theorie der mittelbaren Drittwirkung im Sinne Dürigs, während Hesse (9) in der Judikatur des BVerfG keine Bestätigung einer der beiden Theorien erblickt. Angesichts dieser Sachlage erscheint es notwendig, die Stellungnahmen der höchstrichterlichen Rspr. gesondert zu untersuchen. Es erscheint ohnehin angebracht, die Drittwirkungsdiskussion aus der Sackgasse des undifferenzierten, kaum noch auf Argumenten und stattdessen mehr auf Affirmationen beruhenden Aufeinanderprallens der beiden Theorien zu lösen und in eine stärker fallbezogene Arbeit einmünden zu lassen. Dies erübrigt jedoch nicht die Auseinandersetzung mit den für die beiden Drittwirkungstheorien vortragenen Argumenten.

- (1) G. Müller RdA 1964, 122
- (2) BVerfGE 7, 198
- (3) Schwabe AöR 100 (1975), 443 ff.
- (4) Schwabe AöR 100 (1975), 447
- (5) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132
- (6) BVerfGE 7, 198
- (7) Palandt-Heinrichs BGB § 242 Anm. 1 d)
- (8) Bleckmann S. 150
- (9) Hesse § 11 II

## § 7 Mittelbare und unmittelbare Drittwirkung

Im folgenden werden daher die Argumente, die für die unmittelbare und die mittelbare Drittwirkung ins Feld geführt worden sind, dargestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen. Daran schließt sich die Darstellung der Rspr. des BVerfG und des BGH an, die eine besondere Bedeutung in der Drittwirkungsdiskussion hat. Wegen der unterschiedlichen dogmatischen Ansätze, die teilweise von diametral entgegengesetzten Positionen zu Grundfragen der Grundrechtslehre ausgehen, ist es jedoch erforderlich, einen Ausgangspunkt zu gewinnen. Dieser Ausgangspunkt ist die Frage, ob die Grundrechte staatsgerichtet sind.

### 1.) Die Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte.

Die Bedeutung der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat impliziert die Richtung der Drittwirkungsdiskussion. Bejaht man die Bedeutung der Grundrechte als Abwehrrechte, so kann die weitere Fragestellung nur noch lauten, ob die Grundrechte, insbesondere Art. 12 GG, daneben auch noch Bedeutung im Privatrechtsverkehr haben.

#### a) Die Abwehrfunktion als primäre Funktion

Ganz überwiegend wird den Grundrechten primär Staatsicherung zugesprochen; sie dienen als Abwehrrechte dem Schutz des Individuums vor staatlichen Eingriffen. (1) Diese primäre Bedeutung wird den Grundrechten auch von der Rspr. (2) zugesprochen, und zwar auch vom BAG, (3) das eine unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten vertritt, aber die Staatsrichtung als Ausgangspunkt herausstellt, von dem aus eine Drittwirkung zu begründen ist,

- (1) Hesse § 11 II; Maunz § 13 II 1); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 131; von Mangoldt-Klein GG Vorbem. vor Art. 1 Anm. A II 4.); Stein § 24 II 3); Erichsen Staatsrecht I S. 56; Echterhölder BB 1973, 393; Palandt-Heinrichs BGB § 242 Anm. 1 d); Achterberg JZ 1976, 440; Peters S. 244; auch Nipperdey Die Grundrechte II, S. 19
- (2) BVerfGE 7, 204 f.; 13, 325
- (3) BAGE 1, 193; 4, 240; 4, 276; BAG NJW 1962, 1982

indem Art. 12 GG nicht nur als Abwehrrecht und Freiheitsrecht (1) bezeichnet wird. Auch in der Lit. ist die primär staatsgerichtliche Bedeutung speziell des Art. 12 GG betont worden. (2) Schwabe (3) lehnt den Dualismus zwischen öffentlichem und privatem Recht ab. Er unterscheidet zwischen Primär- und Sekundärnormen; die Sekundärnorm werde immer staatlich durchgesetzt, wodurch sich die Grundrechtsgeltung quasi automatisch ergibt. (4) Wenn demgegenüber Eckhold-Schmidt (5) meint, Schwabe gehe ebenfalls von einer primären Staatsgerichtlichkeit der Grundrechte aus, (6) so übersieht er dabei diese Differenzierung Schwabes zwischen Primär- und Sekundärnormen, die eine gesonderte Privatrechtsrichtung entbehrlich werden läßt. Im Gegensatz zur h. M. gehen Leisner (7) und Ramm (8) von der prinzipiellen allseitigen Wirkung der Grundrechte aus, wobei es bedeutungslos ist, von wem der Angriff auf die Freiheit ausgeht. (9) Ähnlich sieht Blaesing (10) die Grundrechte als Rechtsmasse sui generis mit sowohl öffentlichrechtlichen als auch privatrechtlichen Komponenten an.

#### aa) Grundrechte als öffentlichrechtliche Rechtssätze

Die Meinung, daß die Grundrechtsgeltung unabhängig von der Person des Eingreifenden sei, ist gezwungen, den bloß öffentlichrechtlichen Charakter der Grundrechte zu leugnen und sie einer Gesamtrechtsordnung unabhängig vom GG zuzuordnen. Demgegenüber muß die h. M. den Charakter der Grundrechte als subjektiver öffentlicher Rechte betonen. In Ansehung der Grundrechte als Normen des positiven Rechts ist daher eine Unterscheidung zwischen öffentlichem und privaten Recht nötig.

- (1) BAG NJW 1962, 1981, 1982
- (2) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 3; Hamann-Lenz GG Art. 12 Rdn. 3; von Münch-Gubelt GG Art. 12 Rdn. 1; Bachof Die Grundrechte III/1 S. 172 f.; Achterberg JZ 1976, 440; Westerkamp S. 111
- (3) Schwabe S. 26 ff.
- (4) Schwabe S. 29, 35, 37
- (5) Eckhold-Schmidt S. 79 f.
- (6) unter Berufung auf Schwabe S. 140, 26, wo jedoch lediglich betont wird, daß die Grundrechtseingriffe nur vom Staate ausgehen
- (7) Leisner S. 138, 285
- (8) Ramm S. 53
- (9) Leisner S. 138
- (10) Blaesing S. 65

Dabei wird das öffentliche Recht als das Sonderrecht der Träger öffentlicher Verwaltung definiert; öffentlich-rechtlich sind die Rechtsverhältnisse, aus denen notwendig nur ein Träger öffentlicher Verwaltung berechtigt oder verpflichtet wird. (1) Aus Art. 1 III GG ergibt sich, daß der Staat zur Beachtung der Grundrechte verpflichtet ist, also Verpflichtungssubjekt der Grundrechte ist. Demnach ist gemäß dem positiven Verfassungsrecht davon auszugehen, daß die Grundrechte Abwehrrechte gegen den Staat sind. Da eine Verpflichtung Privater nicht erwähnt ist, ist davon auszugehen, daß die Grundrechte subjektiv-öffentliche gegen den Staat gerichtete Rechte sind. Damit ist gleichzeitig verbunden, daß primär von dieser öffentlichrechtlichen Bedeutung der Grundrechte auszugehen ist. Leisner (2) kann demzufolge seine Auffassung, die Grundrechte seien allseitig gerichtete Rechte, nicht auf den Text des GG, sondern lediglich auf historische Argumentation (3) stützen. Leisner übersieht, daß eine wie auch immer geartete Gesamtrechtsordnung, deren Teile die Grundrechte zu sein hätten, nicht neben oder über dem GG ihren Platz hat, sondern allenfalls durch das positive Verfassungsrecht selbst konstituiert werden kann. Dadurch, daß die Verfassung nur als Teil einer qualitativ anderen Gesamtordnung begriffen würde, würden ihr Sinnbezüge genommen werden und metaphysischen Spekulationen im Recht Vorschub geleistet. Leisner ist zur Konstruktion einer angeblichen Gesamtrechtsordnung über dem GG gezwungen, da er das Drittwirkungsproblem nicht als Problem einer verfassungsrechtlichen Auslegung auf dem Boden des positiven Verfassungsrechts, sondern durch Historisierung als Aufgabe von Erkenntnisansprüchen begreift, die in ihren methodischen Prämissen nicht offengelegt werden und so den Erkenntnisprozeß selbst verdecken.

(1) Wolff-Bachof I § 22 II c); auch die übrigen z. T. noch vertretbaren Theorien kommen zu denselben praktischen Ergebnissen und haben keine nennenswerte Bedeutung mehr.

(2) Leisner S. 138, 285

(3) Leisner S. 3 ff.

Daran können auch naturrechtliche Spekulationen Leisners, (1) die den Geltungsgrund der Verfassung als positiver Entscheidung verfehlt und das GG nur als Ausfluß höherer Prinzipien und Grundgedanken begreift, nichts ändern. (2)

Anders argumentiert Schwabe; für ihn sind die Primärnormen, die nach seiner Auffassung im Unterschied zu den Sekundärnormen nicht als öffentlichrechtlich oder privatrechtlich qualifiziert werden können, Ergebnis von Normauslegung. (3) Allerdings bedeutet die strenge Trennung von Primär- und Sekundärnormen einen rechtstechnischen Kunstgriff, durch den der Zusammenhang zwischen dem Gebot und seiner Sanktion abgeschnitten wird und der die behauptete Irrelevanz der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht bei dem Primärnormen als *petitio principii* erweist. Schwabe (4) meint, es sei nebensächlich, ob der Zwang von einem Privaten oder dem Staat ausgehe, und behauptet so, was erst bewiesen werden soll. Daß aber (5) sowohl Primär- als auch Sekundärnormen vom Staate gesetzt sind, ist eine Banalität, die nichts über die Trennung von öffentlichem und Privatrecht aussagt und zu einem Verlust jeglicher Differenzierungen führt. Daß die Grundrechtsgeltung gar sich nur gegen die Primärnorm richten soll und die Sanktionsankündigungen grundrechtlich "unmaßgeblich" und "gleichgültig" (6) sind, muß unerfindlich bleiben, zumal dem Rechtssuchenden durch diesen zweiten Kunstgriff vorge-schrieben würde, wogegen er sich zu wenden hätte. Indem man die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht kurzerhand für die Grundrechtsgeltung für unmaßgeblich erklärt, (7) operiert man mit bloßen Behauptungen.

- (1) vgl. nur Leisner S. 113 ff., insbesondere S. 134 ff. Auf S. 137 wird gar das positive Verfassungsrecht als bloße rechtstechnische Realisierung einer materiell-rechtlichen Grundstimmung bezeichnet
- (2) Kritisch zum Naturrecht als Gegenstand der Rechtswissenschaft Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 265 f.
- (3) Schwabe S. 36
- (4) Schwabe S. 37
- (5) vgl. Schwabe S. 37
- (6) Schwabe S. 39; das auf S. 38 f. gebrachte Beispiel spricht gegen sich selbst
- (7) daß überhaupt öffentliches Recht geschieden werden kann, akzeptiert auch Schwabe S. 36



Auch durch die Anerkennung einer "Rechtsmasse sui generis" (1) wird die Bedeutung der positivrechtlichen Grundrechtsgewährleistungen nur verwischt und entdifferenziert. Daher ist wieder auf die Charakterisierung der Grundrechte als öffentlichrechtliche Rechtssätze im Sinne der Sonderrechtstheorie Wolff's (2) zu rekurrieren. Im Ergebnis bleibt es dabei, daß die Grundrechte öffentlichrechtliche Rechtssätze darstellen. Sie gelten primär in öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen, (3) sind also primär staatsgerichtet in dem Sinne, daß sie sich gegen hoheitliches Tätigwerden richten.

bb) Die historische Bedeutung der Grundrechte als Abwehrrechte

Das gefundene Ergebnis kann durch historische Argumentation weiter begründet werden. (4) Aus den Beratungen im Parlamentarischen Rat geht hervor, daß das Problem der Geltung der Grundrechte im Privatrecht damals nicht gesehen wurde, da vielmehr gerade unter dem Einfluß der Vergangenheit die Gefahr für den Grundrechtsschutz des Einzelnen lediglich in staatlichen Eingriffen gesehen wurde. (5) Es ist davon auszugehen, daß ursprünglich lediglich der Schutz des einzelnen vor staatlicher Macht bezweckt war und privatrechtliche Rechtsbeziehungen nichts als für den Grundrechtsschutz problematisch angesehen wurden, obwohl die Art. 117 und 159 WRV die unmittelbare Geltung der Meinungs- und der Vereinigungsfreiheit vorsahen und somit das Drittwirkungsproblem aus der Tradition der Auslegung der WRV her geläufig sein mußte. (6)

- (1) Blaesing S. 65. Daß die Grundrechte eine Rechtsmasse sui generis darstellten, ist für Blaesing jedoch nur das Ergebnis einer teleologischen Interpretation der Grundrechte. Dieses durch teleologische Interpretation gewonnene Zwischenergebnis korrigiert Blaesing jedoch anschließend durch weitere Argumentation und kommt auf S. 71 dazu, daß die Grundrechte dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind und staatsgerichtet sind
- (2) Wolff-Bachof I § 22 II c)
- (3) siehe dazu auch Achterberg JZ 1976, 440, der zutreffend Schwabe's Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärnormen die Differenzierung nach dem Rechtsverhältnis entgegensetzt
- (4) Die historische Interpretation wird vom BVerfG ständig angewandt; vgl. BVerfGE 2, 276; 7, 40; 19, 137; 33, 61; 36, 201; mitunter wird ihre Bedeutung auch relativiert, BVerfGE 11, 130 f.
- (5) Vogt S. 90 ff. m. w. N.
- (6) vgl. dazu auch von Mangoldt-Klein GG Vorbem. vor Art. 1 Anm. A II 4. b)

Daneben wird zur Bestimmung der Grundrechtsfunktionen auch die geistesgeschichtliche Entwicklung der Grundrechtsidee herangezogen. (1) Dabei handelt es sich zwar nicht um historische Norminterpretation, da nicht die anzuwendende Grundrechtsnorm des GG, sondern Normen anderer, älterer Verfassungen auf ihre Entstehungsgeschichte hin untersucht werden, (2) jedoch um Interpretation, die den historischen Hintergrund der geltenden Normen hermeneutisch (3) aufzuhellen vermag. Ursprünglich sollten die Grundrechte Rechte des Individuums gegen hoheitliche Eingriffe sichern. (4) Insbesondere die Erklärung der Menschenrechte von 1789 sollte Schutz vor der staatlichen Macht gewähren. (5) Die geistesgeschichtliche Bedeutung der Grundrechte liegt daher in ihrer Staatsrichtung. Zwar kann man hieraus noch nicht folgern, daß die Grundrechte auch heute nur die Funktion haben, die ihnen gemäß der historischen Entwicklung zukommt, (6) jedoch sind die genannten Argumente geeignet, die primäre Staatsbezogenheit der Grundrechte zusätzlich zu begründen.

- (1) so von BVerfGE 7, 204 f.; Erichsen Staatsrecht I S. 53; Ossenbühl DUV 1965, 659; Peters Hist. Jahrb. 1953, 460; Vogt S. 14 ff; Blaesing S. 61
- (2) anders Erichsen Staatsrecht I S. 53
- (3) zum Erkenntniswert der hermeneutischen Methode Krawietz Das positive Recht u. seine Funktion S. 110 ff.
- (4) Blaesing S. 61; Oestreich S. 40 f.
- (5) Erichsen Staatsrecht I S. 55; Laufke FS f. Lehmann S. 147 f.; G. Müller RdA 1964, 125; a. H. Ramm Die Freiheit der Willensbildung S. 52 f.; Ramm ist der Auffassung, die totale Geltung der Grundrechte sei durch die Erklärung der Menschenrechte von 1789 bezweckt, da jene ein revolutionärer Akt war. Der revolutionäre Charakter der Erklärung der Menschenrechte von 1789 liegt jedoch in der Auflehnung gegen staatliche Ordnung und staatlichen Zwang und nicht in der Umgestaltung des Privatrechts.
- (6) so zutreffend auch Laufke FS f. Lehmann S. 148, 150

cc) Die Staatsrichtung der Grundrechte als Normzweck

Zweck der Grundrechte war ursprünglich der Schutz des Individuums vor staatlicher Macht und die Schaffung eines individuellen Freiheitsraumes vor dem Staat. An diesem Normzweck hat sich bis heute nichts geändert. (1) Gerade unter der Erfahrung der totalen staatlichen Entrechtung des Einzelnen durch den Staat während der nationalsozialistischen Diktatur war der Schutz vor staatlicher Allmacht Ziel der grundgesetzlichen Grundrechtsgarantien. Diese Erfahrung hat den Verfassungsgeber in besonderem Maße für die Gefährdung des Individuums durch den Staat sensibilisiert. Der Vertrauensvorschuß gegenüber dem Staat ging verloren; die Staatsrichtung der Grundrechte ist in besonderem Maße aktualisiert worden. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht daraus, daß die Erfahrungen des 19. Jahrhunderts einen grundsätzlichen Funktionswechsel der Grundrechte erforderlich machten. (2) Abzustellen ist vielmehr auf den Normzweck des GG, das stark unter dem Einfluß der nationalsozialistischen Diktatur steht. (3) Aber auch wenn man von diesem Einfluß abstrahiert, so ist doch der Schutz des Individuums vor dem Staat möglicherweise nicht der einzige, zumindest aber ein zu berücksichtigender Normzweck der Grundrechte. Aus der Gesamtbetrachtung ist daher die Staatsrichtung als Primärfunktion der Grundrechte und damit auch des Art. 12 GG anzusehen.

b) Vereinbarkeit zwischen Staatsrichtung und Drittwirkung

Damit ist bereits die Frage aufgeworfen, ob sich aus der Staatsrichtung der Grundrechte bereits ergibt, daß eine Drittwirkung ausscheidet.

(1) so auch Blaesing S. 63

(2) so aber Blaesing S. 63

(3) vgl. auch G. Müller RdA 1964, 125; Nipperdey Die Grundrechte II S. 27; Kern Die Grundrechte II S. 73; Bleckmann S. 55;

Diese automatische Verknüpfung wird von Hesse (1) und Stein (2) gezogen. Ähnlich sieht Erichsen in der Bedeutung der Grundrechte als Abwehrrechte einen Ausschluß der unmittelbaren Drittwirkung. (3) Diese Auffassung steht bereits in offenem Widerspruch zu Art. 9 III G. Danach sind Abreden, die die Koalitionsfreiheit einschränken oder zu behindern suchen, rechtswidrig. Diese Wirkung des Grundrechts auf Koalitionsfreiheit im privatrechtlichen Bereich, also auch gegenüber privatrechtlichen Verträgen, wird als im GG positiver Fall unmittelbarer Drittwirkung angesehen. (4) Gleichzeitig richtet sich Art. 9 III GG auch gegen den Staat (5) und ist damit in seiner Anwendbarkeit nicht auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse beschränkt. Dies konzedieren selbst Hesse (6) und Stein, (7) ohne allerdings daraus die entsprechenden Schlußfolgerungen zu ziehen. Sofern sie lediglich die Grundrechte mit Ausnahme des Art. 9 III meinen sollten, differenzieren sie nicht hinreichend zwischen der Gewinnung von Ausgangspunkten für die Argumentation und der Prüfung, welche Wirkung dem einzelnen Grundrecht zukommt. Eine ausschließliche Staatsrichtung der Grundrechte - und damit sämtlicher Grundrechte - ist durch die Verfassung nicht gedeckt. Die Drittwirkung ergibt sich für die Koalitionsfreiheit bereits aus Art. 9 III GG; (8) sie bedarf für die übrigen Grundrechte und damit auch für das Grundrecht der Berufsfreiheit der gesonderten Begründung.

(1) Hesse § 11 II

(2) Stein § 24 SS 2.)

(3) Erichsen Staatsrecht I S. 56: "...müssen somit die Grundrechte als Abwehrrechte aufgefaßt werden, haben nur Bedeutung im Verhältnis Staat-Bürger und gelten nicht unmittelbar im Verhältnis von Privatpersonen zueinander."

(4) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 9 Rdn. 332 f; Dietz Die Grundrechte III/1 S. 447; G. Müller RdA 1964, 121

(5) Dietz Die Grundrechte III/1 S. 435/447

(6) Hesse § 11 II

(6) Stein § 24 II 2.)

(8) der Normtext ist hier so eindeutig, daß eine weitere Begründung entbehrlich scheint; die Privatrechtswirkung des Art. 9 III GG wird auch nicht in Zweifel gezogen.

c) Staatsrichtung als Argument gegen die Drittwirkung

Allerdings könnte man gerade aus Art. 9 III GG den Schluß ziehen, daß die Drittwirkung von Verfassungen wegen in den übrigen von Art. 9 III GG nicht erfaßten Fällen ausgeschlossen sein sollte. Statt mit dem *argumentum e contrario* kann jedoch auch mit dem Analogieschluß gearbeitet werden. (1) Aus Art. 9 III GG allein kann daher weder geschlossen werden, daß eine Drittwirkung bei anderen Grundrechten ausgeschlossen ist, noch daß Art. 9 III GG die Drittwirkung weiterer Grundrechte gebietet. (2) Die Staatsrichtung der Grundrechte könnte aber so maßgeblich gegen eine Drittwirkung sprechen, daß sich jene *de lege lata* nicht mehr begründen läßt. (3) Blaesing (4) verknüpft den Charakter der Grundrechte als öffentlichrechtliche Rechtssätze argumentativ mit der Drittwirkungsproblematik. Es ist jedoch bedenklich, die Drittwirkungsproblematik allein von der Qualifikation als öffentlichrechtlicher Normen abhängig zu machen. Zu berücksichtigen ist, daß die Grundrechte neben der Staatsrichtung noch weitere Bedeutungen haben können. Die Staatsrichtung der Grundrechte und ihr Charakter als öffentlichrechtliche Normen spricht daher nicht entscheidend gegen eine Drittwirkung. Die Grundrechte sind multifunktional. Ihnen kommt neben der Abwehrfunktion auch noch eine Reihe weiterer Funktionen zu. (5) Die Grundrechte bilden nach Auffassung des BVerfG (6) eine objektive Ordnung; in einer Reihe von Grundrechten sind institutionelle Garantien zu sehen. (7) In Einzelfällen hat das BVerfG aus den Grundrechten auch Teilhaberrechte abgeleitet (8) und somit die Reihe der Grundrechtsfunktionen um eine weitere vermehrt.

- (1) siehe dazu Blaesing S. 59; Nipperdey RdA 1950, 124
- (2) so auch Blaesing S. 59
- (3) so hält Stein § 24 II 2.) die Drittwirkung nur *de lege ferenda* für zulässig
- (4) Blaesing S. 57 f.
- (5) BVerfGE 6, 71; 24, 135; Bleckmann S. 155
- (6) BVerfGE 30, 188; 6, 55; 7, 198; 8, 210; 13/296; 24, 135; 27, 254; 42, 144; 42, 170
- (7) BVerfGE 4, 106; 10, 66; 12, 259; 20, 175; 24, 389; 35, 114; Häberle S. 70 ff; Bleckmann S. 198; Erichsen Staatsrecht I S. 187; Hesse § 9 II
- (8) so in BVerfGE 33, 310, allerdings nur unter dem Vorbehalt des Möglichen; zu dieser Entscheidung von Mutius VerwArch 64 (1973), 183 f; Häberle DÖV 1972, 729

Die Multifunktionalität der Grundrechte zeigt also, daß mit der Betonung der Staatsrichtung andere Grundrechtsrichtungen nicht ausgeschlossen sind. Dabei verlief die Entwicklung hin zu einer Differenzierung nach verschiedenen Grundrechtsfunktionen in der Staatsrichtung etwa parallel zur Drittwirkungsdiskussion. Während ursprünglich die Bedeutung der Grundrechte allein in der Abwehr hoheitlicher Eingriffe gesehen wurde, (1) hat das BVerfG schon früh die Bedeutung der Grundrechte als objektive Ordnung (2) und als institutionelle Garantien (3) herausgearbeitet, um erst später (4) die Funktion als Teilhaberrechte herauszuarbeiten und gleichzeitig die Grenzen dieses Grundrechtsverständnisses zu präzisieren. Der Entwicklung der funktionalen Differenzierung in der Staatsrichtung entspricht die Entwicklung der funktionalen Differenzierung zwischen Staatsrichtung und Drittwirkung. Dieser Zusammenhang wird auch im Lüth-Urteil (5) und in der Rspr. des BAG (6) deutlich, indem betont wird, daß die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht sich auf die Funktion der Grundrechte als objektiver sozialer Ordnung stützt und gerade diese Grundrechtsfunktion den Grundrechtsschutz auch im Privatrecht verstärkt. Durch die Existenz verschiedener Grundrechtsfunktionen wird somit die Staatsrichtung der Grundrechte vom allein maßgeblichen Kriterium zum Ausgangspunkt und zum primären, aber nicht alleinigen Kriterium relativiert. Bedeutungslos für die Problematik der Drittwirkung wird die Staatsrichtung damit nicht. Entscheidend ist nicht die historische Ableitung der Grundrechte als staatsgerichtete Rechte oder die Dogmengeschichte, da das überkommene Grundrechtsverständnis nicht maßgeblich bleiben muß (7) und Geltung und Genese von Normen nicht miteinander verquickt werden dürfen, (8) sondern vielmehr die ausdrückliche im Normtext der Grundrechte von Verfassungen wegen enthaltene Bestimmung als staatsgerichtete Rechte. Immerhin hat sich die Staatsrichtung der Grundrechte als derjenige Ausgangspunkt erwiesen, der für diesen Prozeß der Präzisierung der Funktionen des Art. 12 GG zugrunde zu legen ist.

(1) siehe Bleckmann S. 156

(2) so in BVerfGE 6, 55, 7, 198

(3) so in BVerfGE 4, 106; 10, 66

(4) in BVerfGE 33, 301

(5) BVerfGE 7, 205

(6) BAG NJW 1962, 1982, unter Berufung auf BAGE 1, 193; 4, 243

(7) Laufke FS f. Lehmann S. 148, 150

(8) Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 266

## 2.) Theorien unmittelbarer Drittwirkung

Für eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte - mit Ausnahmen bzw. Einschränkungen bei Art. 3 GG, denen nicht weiter nachgegangen werden soll - haben sich Nipperdey (1) und die unter seinem Einfluß stehende Rspr. des BAG, (2) G. Müller (3) sowie ebenfalls unter Berufung auf Nipperdey Hildegard Krüger (4) ausgesprochen. Ebenfalls für eine unmittelbare Drittwirkung, allerdings von einem anderen dogmatischen Ansatz aus plädiert Schwabe. (5) Eine weitere Theorie der unmittelbaren Drittwirkung wird von Leisner (6) vertreten. Auf Grund der unterschiedlichen dogmatischen Ausgangspositionen der jeweiligen Verfechter einer unmittelbaren Drittwirkung kann daher keine einheitliche Darstellung einer Theorie unmittelbarer Drittwirkung erfolgen. Die Unterschiede in den einzelnen Theorien in Grundlagen und Argumentation machen es vielmehr notwendig, die verschiedenen Auffassungen getrennt darzustellen.

### a) Die Auffassung von Schwabe

Schwabe ist der Auffassung, daß die Grundrechte unmittelbar gelten, ohne daß es zivilrechtlicher Normen bedürfte, über die die Grundrechte Eingang ins Privatrecht zu finden hätten. (7) Dabei geht Schwabe (8) unzutreffend davon aus, daß in Ansehung der Grundrechtsverletzung zwischen öffentlichem und Privatrecht nicht differenziert werden könne. Daß diese Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärnormen (9) wegen der fehlenden Differenzierung nach dem Rechtsverhältnis und wegen der Vernachlässigung der Sanktionen und der jene begründenden öffentlichrechtlichen Eingriffsbefugnisse, die der Private nicht zur Verfügung hat, abzulehnen ist, wurde oben bereits dargelegt.

- (1) Nipperdey Die Grundrechte II S. 20; Grundrechte u. Privatrecht S. 17, 26; DVB1 1958, 445; RdA 1950, 121
- (2) BAGE 1, 191, 1, 262, BAG NJW 1962, 1981; JZ 1964, 183; BAGE 24, 438
- (3) G. Müller RdA 1964, 121
- (4) Hildegard Krüger FamRZ 1956, 329
- (5) Schwabe S. 157; JZ 1976, 439; AöR 100 (1975), 442; JR 1975, 13; NJW 1973, 229
- (6) Leisner S. 403; JZ 1973, 187
- (7) Schwabe S. 73, 156 f.; NJW 1973, 230
- (8) Schwabe S. 26 ff; NJW 1973, 230
- (9) Schwabe S. 35



Schwabe stützt seine Auffassung jedoch noch auf eine Reihe weiterer Argumente, deren Zielrichtung es ist, die Drittwirkungsdiskussion wesentlich zu vereinfachen und die Vorstellung, die Grundrechtsgeltung gegenüber Privaten sei eine Besonderheit von schockierender, das Privatrecht aus den Angeln hebender Wirkungsweise, auszuräumen. (1) Schwabe begründet die unmittelbare Drittwirkung damit, daß jede Sanktion von der staatlichen Rechtsmacht ausgehe, insbesondere auch die richterliche Entscheidungstätigkeit Staats-tätigkeit ist, (2) und eine unmittelbare Drittwirkung somit aus Art. 1 III GG für jede Staatstätigkeit, die die Ansprüche Privater durchsetzt oder in sonstiger Weise betrifft, folge. (3)

aa) Die staatliche Rechtsmacht als alleiniger Grundrechtsgegner

Schwabe's These, (4) allein die staatliche Rechtsmacht sei Gegner der Grundrechte, beruht auf der Vorstellung, daß es eine eigenständige, staatsunabhängige Gewalt nicht gebe. Dabei sieht Schwabe durchaus die unterschiedlichen Bedeutungen eines Grundrechts als Abwehrrecht und der jeweiligen zivilrechtlichen Position gegenüber einem privaten Dritten. Am Beispiel des Eigentums zeigte er, daß die Staatsrichtung des Art. 14 GG sich von der zivilrechtlichen Position des Eigentums gegenüber Dritten unterscheidet; (5) gegenüber dem Staat trete ein subjektiv-öffentliches Recht, gegenüber dem Privaten ein subjektiv-privates Recht in Aktion, beide seien jedoch in Ansehung ihrer Grundrechtsrelevanz deckungsgleich. Von der Feststellung, lediglich der Staat und nicht Private beschränkten die Grundrechte, macht Schwabe dogmatisch bedeutende Ausnahmen. Eine Drittwirkung können, so betont er, (6) nur Grundrechte des status negativus äußern, während Grundrechte des status activus et positivus ebenso wie die institutionellen Garantien rein staatsgerichtet seien.

- (1) Schwabe S. 37; daß es hochproblematisch sei und endloser Erörterungen bedürfe, um einen Imperativ mit privatrechtlichem Bezug an den Grundrechten zu messen, müsse ein Mysterium bleiben
- (2) Schwabe S. 105 f.; NJW 1973, 230
- (3) Schwabe S. 105 f.)
- (4) Schwabe S. 155
- (5) Schwabe S. 62
- (6) Schwabe S. 154

Außerdem seien bloß mittelbare Freiheitsbeschränkungen durch Private durch Boykott, finanzielle Aushungerung und Vernichtungswettbewerb grundrechtlich unbeachtlich. (1) Bereits diese Ausnahmen stellen die Stringenz von Schwabe's Lösungsansatz in Frage. Die argumentative Verwertung der grundrechtlichen Staatslehre und des Begriffs der Staatsrichtung bedeuten einen der Vereinfachung des Problems dienenden Rekurs auf die "herrschende Fragestellung", (2) die von ihm dezidiert abgelehnt wird. Seine Diszensibilität für die Folgen von ihm als bloß mittelbare Eingriffe (3) bezeichneter Formen der Existenzvernichtung und Beraubung der Lebensgrundlage durch Boykott, Aushungerung etc. überrascht, wären doch entsprechende Maßnahmen des Staates ohne Zweifel an den Grundrechten zu messen. (4) und würden u. U. je nach Fallkonstellation und Ausmaß der existenziellen Bedrohung gegen das Sozialstaatsprinzip (5) verstoßen. (6)

In eine weitere Schwierigkeit manövriert sich Schwabe durch seine Unterscheidung von Primär- und Sekundärnormen. Nur die Primärnormen seien grundrechtsrelevant, seien aber weder dem öffentlichen noch dem privaten Recht zuzuordnen. (7)

(1) Schwabe S. 154

(2) Schwabe S. 9ff.)

(3) Das Kriterium der Unmittelbarkeit des Eingriffs dient im Staatshaftungsrecht dazu, beim enteignungsgleichen Eingriff, da ein zielgerichteter Eingriff nicht erforderlich ist, die Haftung zu begrenzen, da bei Einbeziehung auch mittelbarer Folgen hoheitlicher Schädigungen der enteignungsgleiche Eingriff zu einem Auffangtatbestand für schädliche Nebenfolgen staatlichen Handelns würde und in einen umfassenden Gefährdungshaftungsstatbestand abgleiten würde; siehe Ossenbühl Staatshaftungsrecht S. 154 f.; Egerer S. 55; BGHZ 55, 229; 54, 332. Das Kriterium der Unmittelbarkeit wird von Ossenbühl Staatshaftungsrecht S. 197 als Verlegenheitsbegriff bezeichnet. Nach BGHZ 54, 338 liegt Unmittelbarkeit nicht mehr vor, wenn der Schaden erst durch weitere, zusätzliche Umstände verursacht worden ist. Welche zusätzlichen Umstände bei den von Schwabe S. 154 präsentierten Beispielen wie Boykott und finanzielle Aushungerung zu der Aushungerung und zum Boykott noch hinzutreten, bleibt jedenfalls unerfindlich.

(4) jedenfalls bei hoheitlichem Handeln; einen Sonderfall bildet auch hier das fiskalische Handeln

(5) vgl. dazu BVerfGE 1, 97, wo die Möglichkeit eines direkt auf das Sozialstaatsprinzip gestützten Anspruchs in Ausnahmefällen bejaht wird.

(6) vgl. auch H. H. Rupp AöR 101 (1976), 168

(7) Schwabe S. 36

Die Sekundärnormen regeln die Sanktionen, diese könnten dem öffentlichen oder privaten Recht zugeordnet werden. (1) Für die Zuordnung zum Privatrecht soll somit das Fehlen einer staatlichen Sanktion bestimmend sein. Nun lautet jedoch eine andere Grundthese Schwabe's, daß die Einschränkung der Grundrechte allein auf staatlicher Tätigkeit beruhe. (2) Nun liegt die Grundrechtsrelevanz der Staatstätigkeit in ihrem Sanktionscharakter, die staatliche Sanktion stellt die Maßnahme dar, die das Grundrecht verletzt. Dies würde dazu führen, daß es nur noch öffentliches Recht gäbe, da alle Sanktionen, auch Entscheidungen der Rspr., öffentlichrechtlich seien. Der Begriff Privatrecht würde sinnlos werden. Diese Konsequenz sieht Schwabe nur für die Primärnormen, die er als Gesetze auf den Staat zurückführt, jedoch dann mit der inkonsequenten Berücksichtigung des Rechtsverhältnisses "im engeren Sinn" - gemeint sind die aus dem Gesetz resultierenden Ansprüche und Befugnisse - doch nicht in toto dem öffentlichen Recht zuschlägt und überdies die Frage, ob und wie Primärnormen als öffentlichrechtlich qualifiziert werden können, gänzlich offenläßt. (3) Auch daß im Privatrecht die Sanktion vom Privaten veranlaßt sei, (4) trägt nichts zur Bereinigung dieses Widerspruches in Schwabe's Theorie bei, da es ja unerheblich sein soll, wer die Sanktion veranlaßt hat, und es nur auf die Durchsetzung der Sanktion durch den Staat ankommen soll. (5) Eine letzte Hintertür könnte Schwabe noch verbleiben. Bei der Feststellung, daß es lediglich auf die staatliche Sanktion ankomme, gehe es allein, so könnte man einwenden, um den Grundrechtsschutz; daß dieser von der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht abhängе, sei ja gerade die These, die Schwabe zu beweisen suche. Könnte man in der Tat so argumentieren, so hieße dies, daß die Privaten die Grundrechte nicht zu beachten bräuchten, der Staat flugs aber in dem Moment, in dem der Private seine Rechte vor Gericht durchsetzen will, (6) die Grundrechte zu beachten hätte.

(1) Schwabe S. 39

(2) Schwabe S. 155

(3) Schwabe S. 32 f.

(4) so Schwabe S. 37

(5) Achterberg JZ 1976, 440 sieht hier nur eine Lücke in der Argumentation Schwabe's, jedoch keinen Widerspruch.

(6) so das kritische Argument von Eckhold-Schmidt St. 80

Entscheidend ist jedoch, daß die sekundären Normen im Sinne Schwabe's dann nicht mehr dem Privatrecht zugeordnet werden können, wenn ihre Sanktion durch den Staat - in welcher Weise auch immer - durchgesetzt wird und somit die Grundrechte selbst das gesamte Recht zu öffentlichem Recht erklären würden. Gerade wenn nach Schwabe nur der Staat die Grundrechte beeinträchtigt, so wirkt dies auf den Rechtscharakter aller Sekundärnormen im Sinne Schwabe's zurück. Alle Bemühungen, daß es letztlich gleichgültig sei, wer die staatliche Sanktion anregt, können über diesen Widerspruch in der Theorie Schwabe's nicht hinwegtäuschen.

Aber auch Schwabe's These, es sei gleichgültig, ob die grundrechtsbeschränkende Sanktion vom Staat eingeleitet oder von Privaten veranlaßt wird, (1) ist problematisch. Muß man Schwabe zwar durchaus konzedieren, daß Grundrechtsbeschränkungen nicht zur beliebigen Disposition Privater stehen, sondern rechtlicher Anerkennung durch das staatlich gesetzte positive Recht bedürfen und insoweit auf den Staat zurückgeführt werden können, so verschwindet in seiner Theorie bereits der Unterschied zwischen der Verfolgung öffentlicher Interessen und privater Interessen. Der ex officio handelnde Amtswalter ist bei der Verhängung von Sanktionsmaßnahmen an die Durchführung seiner Amtstätigkeit regelnde Vorschriften gebunden. Akkusationsprinzip im Bereich der Strafverfolgung (2)-§ 152 II StPO - und Opportunitätsprinzip im Polizei- und Ordnungsrecht (3) haben gemeinsam, daß das Einschreiten durch die Behörde durch Rechtsvorschriften geregelt ist und ggf. von einem Privaten durch Klageerzwingungsverfahren und durch Geltendmachen eines ggf. bestehenden subjektiven öffentlichen Rechtes auf fehlerfreien Ermessensgebrauch (4)

(1) Schwabe S. 37

(2) s. Wolff-Bachof III § 125 IV a) 3)

(3) s. dazu Wolff-Bachof III § 125 IV a) 1; Götz S. 64, Ossenbühl DÖV 1976, 463;

(4) das anerkannt ist, sofern die verletzte Rechtsnorm nicht allein im öffentlichen Interesse, sondern zumindest auch im Interesse Privater erlassen ist; BVerwGE 31, 116; BVerwG MDR 1972, 632; Wolff-Bachof I § 43 I b 2; BVerwG 11, 95; Götz S. 71; Schnapp DVBl 1969, 596; Wolff-Bachof III § 125 IV b 1)

erzungen werden kann, während demgegenüber ein Privatmann in der Verfolgung seiner vermeintlichen oder tatsächlich bestehenden Rechte grundsätzlich frei ist und insbesondere nicht von anderen Privaten zur gerichtlichen oder anderweitigen Verfolgung dieser Rechte gezwungen werden kann. Auch erscheint es zweifelhaft, warum eine anonyme Denunziation durch einen Privaten, die dann das Eingreifen von Staatsorganen von Amts wegen veranlaßt und ein Antrag eines Privaten auf staatliches Tätigwerden von vornherein in einen Topf geworfen werden sollen. Noch weitergehend jedoch will Schwabe die von einem Privatmann angestregte Klage und das staatliche Eingreifen von Amts wegen auf eine Stufe stellen. Nun lautet gerade die These Schwabe's, daß diese - und noch weitere mögliche - Differenzierungen gerade für die Grundrechtsgeltung unbeachtlich seien. Dabei hätte es näher gelegen, die Grundrechte aus der Sicht des Verletzten als Bereichsschutz zu entwickeln und zu präzisieren, statt pauschal sämtliche denkbaren Grundrechtsverletzungen dem Staat als alleinigem Grundrechtsverletzer zuzuschlagen.

Schwabe orientiert sich primär am Prozeßrechtsverhältnis und kommt, indem er selbstverständlich den Richter der staatlichen Gewalt zuschlägt und damit der Grundrechtsbindung unterwirft, ohne Schwierigkeiten auch zur Grundrechtsgeltung in bürgerlichrechtlichen Prozessen. Begründungsschwierigkeiten entstehen jedoch für die Situation außerhalb des Prozesses. Bereits das Bestehen bürgerlichrechtlicher Gestaltungsrechte wie das Anfechtungsrecht und das Optionsrecht bereiten der Theorie Schwabe's Schwierigkeiten, da ihre konkrete Ausübung des staatlichen Sanktionspotentials nicht bedarf und auch ohne staatliches Tätigwerden Wirksamkeit erlangt. Widersprüchlich wird Schwabe's Theorie, was die außerprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigung durch Private betrifft, beim Notwehrrecht. Schwabe vertritt die Auffassung, daß bei Ausübung des Notwehrrechtes durch Private dem anderen Privaten, dem Angreifer, Grundrechte zustehen. Gerade die im Einzelfall grundrechtswidrige Ausübung des Notwehrrechtes (im Unterschied zum grundrechtswidrigen die Notwehr gestattenden Gesetz) läßt sich nicht auf staatliches Tätigwerden zurückführen;

eine Grundrechtswirkung könnte nicht begründet werden. Die Sanktion im weitesten Sinne, die durch den die Notwehr verübenden Privaten verübt wird, läßt sich eben nicht der Staatsgewalt zurechnen. Bemerkenswert ist weiter, daß nach Schwabe es hingegen einen Unterschied machen soll, ob bereits das die Notwehr gestattende Gesetz die grundrechtswidrige Ausübung des Notwehrrechtes vorsieht oder ob lediglich im Einzelfall vom Notwehrrecht in grundrechtswidriger Weise Gebrauch gemacht wird.

bb) Die Grundrechtsbindung aller Staatstätigkeit durch Art. 1 III GG

Hat Schwabe so erst einmal sämtliche grundrechtseinschränkende Maßnahmen dem Staat zugeschlagen, so kann er konsequenterweise diese Staatstätigkeit und damit jede Grundrechtsbeschränkung über Art. 1 III GG der Grundrechtsbindung unterziehen. (1) Insbesondere kommt er bei bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten dadurch zur Grundrechtsgeltung, daß er die richterliche Tätigkeit dem Art. 1 III GG unterstellt und dadurch auf die Berücksichtigung der Grundrechte zurückschließt. (2) Ähnlich hat Nipperdey (3) die Auffassung vertreten, der Richter dürfe, da er durch Art. 1 III GG an die Grundrechte gebunden sei, keine grundrechtswidrigen Rechtsgeschäfte und Handlungen anerkennen, diese Auffassung jedoch unter dem Eindruck der Kritik von Schmidt-Rimpler, Gieseke, Friesenhahn und Knur, (4) bei dieser Feststellung handle es sich um eine *petitio principii*, später wieder aufgegeben. (5) Die Beweisführung aus dem Beweisthema besteht (6) darin, daß die Beachtung einer Grundrechtsnorm durch den Richter zunächst voraussetzt, daß die betreffende Rechtsnorm überhaupt im privatrechtlichen Rechtsverkehr Wirkungen

(1) Schwabe S. 39 ff.

(2) Schwabe S. 39 ff.

(3) Nipperdey RdA 1951, 125

(4) Schmidt-Rimpler-Gieseke-Friesenhahn- Knur AöR 76 (1950), 176 f.

(5) siehe Nipperdey Die Grundrechte II S. 21, allerdings unter dem Vorbehalt, daß für Art. 1 I und weitere, nicht näher bezeichnete "elementare Grundrechte" unter dem Eindruck der Europaratkonvention und der UN-Charta diese Argumentation dennoch eine Bedeutung behält.

(6) s. Nipperdey Die Grundrechte II S. 21; Schmidt-Rimpler-Gieseke-Friesenhahn-Knur AöR 76 (1950), 176 f.

äußert, da Grundlage der richterlichen Entscheidung das Gesetz ist. Ähnlich haben Bleckmann, (1) Fr. Müller (2) und Achterberg (3) eingewandt, daß das materielle Rechtsverhältnis vom Prozeßrechtsverhältnis geschieden werden müsse. (4) Auch Hesse (5) betont, daß allein das materielle Rechtsverhältnis für die Grundrechtsgeltung maßgeblich ist. Durch die Einschaltung eines Richters bleibt das materielle Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bestehen. So wie diese sich vor Einschaltung des Richters in einem Verhältnis der Gleichordnung befunden haben, (6) so bleibt dieses Verhältnis der Gleichordnung (horizontales Verhältnis) auch nach Anrufung des Richters bestehen. Die Entstehung eines zusätzlichen prozeßrechtlichen Rechtsverhältnisses, in dem der Richter hoheitliche Gewalt ausübt, ändert daran nichts. Weiter darf die Bindung des Richters an das Gesetz nicht mit der Bindung des Gesetzes an den Richter verwechselt werden. Rechtsprechung ist die in besonders geregelten Verfahren zu letztverbindlicher Entscheidung führende Beurteilung von Sachverhalten durch ein unbeteiligtes Organ. (7) Dabei wird zunächst ein vorgefundener Sachverhalt unter eine Norm subsumiert, wobei vor der Anwendung der Norm deren Anwendbarkeit feststehen muß. Ferner ist der Richter als nichtbeteiligter Dritter (8) ein Staatsorgan, das von außen an einen bestehenden Rechtsstreit herantritt. Das Recht, dessen Feststellung dem Richter anvertraut ist, (9) wird durch ihn nicht geschaffen, sondern angewandt; die Neutralität des Richters beinhaltet daher auch, daß Verfassungsnormen nicht erst durch sein Hinzutreten Geltung erlangen.

(1) Bleckmann S. 139, 142

(2) Fr. Müller Positivität d. Grundrechte S. 39

(3) Achterberg JZ 1975, 717

(4) Daß die Anwendbarkeit der Grundrechtsnorm im privatrechtlichen Rechtsverhältnis nicht durch die Anrufung eines Richters entschieden wird, betonen auch Schmidt-Rimpler-Gieseke-Friesenhahn-Knur AöR 76 (1950), 176

(5) Hesse § 11 II

(6) vgl. Hesse § 11 II

(7) Stern Staatsrecht II S. 898; Bettermann AöR 92 (1967), 505

(8) siehe Stern Staatsrecht II S. 897; BVerfGE 21, 145

(9) vgl. Wolff-Bachof I § 19 I b) 3)



Neutral ist der Richter aber, indem er nur dem Gesetz unterworfen ist. (1) Zu einer Bindung des Gesetzes an den Richter würde es jedoch führen, wenn plötzlich durch die Einschaltung des Richters aus einem grundrechtsindifferenten Rechtsverhältnis ein Rechtsverhältnis mit Grundrechtsgeltung würde; aus der Beteiligung des Richters würden sich dogmatisch nicht genau faßbare Grundrechtsausstrahlungen ergeben, ohne daß ein anderer Grund für die Grundrechtsberücksichtigung als die Person des Richters zu finden wäre.

Demgegenüber müssen Versuche, den normativen Gehalt des Art. 1 III GG auszuloten, die Unterscheidung zwischen materiellrechtlichem und prozessualen Rechtsverhältnis voraussetzen. Selbstverständlich ist, - und dies dürfte der Grundgehalt des Art. 1 III GG in Bezug auf die Rspr. darstellen - daß im prozessrechtlichen Rechtsverhältnis gegenüber dem Richter unabhängig davon, ob es sich bei dem zu entscheidenden Rechtsstreit um einen öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Rechtsstreit handelt oder ob das Gericht gar - wie im Strafverfahren - überhaupt nicht streitentscheidend tätig wird, (2) die justiziellen Grundrechte der Art. 101 - 104 GG gelten. (3) Die Bindung des Richters an die übrigen Grundrechte kann jedoch nur so weit gehen, wie die jeweiligen Grundrechte materiellrechtlich reichen. So ist der Richter dort an die Grundrechte gebunden, wo er über hoheitliches grundrechtsgebundenes Handeln zu entscheiden hat (4) und wo er kraft öffentlichen Rechts Hoheitsakte ausspricht. (5) Im Bereich der Zivilrechtsprechung hat der Richter die Grundrechte jedoch nur anzuwenden, wenn und soweit das zu entscheidende Zivilrechtsverhältnis unter Grundrechtsbindung steht. (6) Es ist daher das materielle Zivilrecht selbst, das für die Grundrechtsanwendbarkeit entscheidend ist, und nicht die Mitwirkung des Richters. Gerade diesen Unterschied überspielt Schwabe mit seinem Verweis auf Art. 1 III GG.

(1) siehe Stern Staatsrecht II S. 907

(2) siehe Stern Staatsrecht II S. 897; Bettermann AöR 92 (1967), 498; Wolff-Bachof I § 19 I b) 1)

(3) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 119; Stern Staatsrecht II S. 916

(4) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 120

(5) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 120

(6) Bleckmann S. 139; Hesse § 11 II; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 121; Achterberg JZ 1975, 717

Gegen Schwabe wurde auch eingewandt, daß gerade der Wortlaut des Art. 1 III GG gegen eine Grundrechtsbindung Privater spreche. In Art. 1 III GG sei neben Gesetzgebung und vollziehender Gewalt nur noch der Richter, nicht jedoch der Private angesprochen. (1) Demzufolge folgt die Grundrechtsbindung Privater nicht aus Art. 1 III GG, während bei der richterlichen Tätigkeit wiederum zu differenzieren ist. Das Argument von Erichsen (2) und Blaesing (3) stützt insoweit die oben dargelegte Argumentation. Jedoch ist bei diesem, der Auffassung von Schwabe genau entgegengesetzten Versuch, den Normtext des Art. 1 III GG für die Entscheidung der Drittwirkungsproblematik nutzbar zu machen, der Vorbehalt mangelnder Eindeutigkeit des Wortlauts zu machen. Vergegenwärtigt man sich, daß es sich auch bei der Explikation eines scheinbar eindeutigen Normtextes noch um Auslegung handelt (4) und daß Normtext und Norm nicht identisch sind, (5) dann erscheint die Nichterwähnung Privater in Art. 1 III GG nicht von vornherein als Hindernis einer Drittwirkung. Es hilft auch nicht viel weiter, Art. 1 III und 9 III GG zusammen zu sehen und aus der Tatsache, daß in Art. 1 III GG Private nicht angesprochen sind, während - ausnahmsweise - in Art. 9 III GG die Drittwirkung ausdrücklich vorgeschrieben ist, abzuleiten, daß die Verfassung den generellen Ausschluß der Drittwirkung vorsehe, (6) da bereits Art. 9 III GG keine eindeutigen Schlußfolgerungen im Sinne eines *argumentum e contrario* zuläßt. (7) Auch bleibt bei dieser Argumentation undeutlich, welche Aspekte der in Art. 1 III GG angesprochenen richterlichen Tätigkeit nun positiv grundrechtsgebunden sind. Daß es einer Grundrechtsbindung Privater nicht mehr bedürfe, da der Richter grundrechtsgebunden ist, war gerade die These Schwabe's.

(1) Erichsen Staatsrecht I S. 52; Blaesing S. 58

(2) Erichsen Staatsrecht I S. 52

(3) Blaesing S. 58

(4) Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 271; ders., VVDStRL 34 (1976), 114 f.)

(5) Fr. Müller Normstruktur und Normativität S. 154 ff.

(6) so aber Erichsen Staatsrecht I S. 52

(7) Nipperdey RdA 1950, 124; Blaesing S. 58 f.)

Letztlich gibt Art. 1 III GG weder für noch gegen eine Drittwirkung entscheidende Argumente her.

Das Resumee der Auffassung Schwabe's ergibt, daß weder seine Ausführungen zur Zurückführung jeglicher Grundrechtsbeeinträchtigung auf die Staatsgewalt noch zur Grundrechtsbindung des Zivilrichters durch Art. 1 III GG zu überzeugen vermögen. Schwabe ist, um eine konsistente Theorie zu entwerfen, zur gezielten Entdifferenzierung gezwungen und kommt so dazu, aus Art. 1 III GG zu entnehmen, welche Normen im Prozeß durch den Richter anzuwenden sind. Er unterscheidet nicht zwischen der Bindung des Richters an Normen und der Anwendbarkeit von Normen und auch nicht zwischen zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen. Sie unterstellt ferner der Verfassung durch den Verweis auf Art. 1 III GG, die Grundrechtsgeltung in Privatrechtsverhältnissen bereits vorentschieden zu haben. Wenngleich Schwabe zuzugeben ist, daß mindestens eine Anzahl von Grundrechtsverletzungen in Privatrechtsverhältnissen mittelbar auf den Staat zurückgehen, der solche Verletzungen deckt, (1) so bleiben doch Grundrechtsverletzungen, die auch, und zwar in erster Linie auf Private zurückgehen, und meint doch Art. 1 III gerade die für die Drittwirkungsdiskussion problematischen Fälle nicht. Darüber hinaus erweist sich Schwabe's Theorie für die Herausarbeitung des Normbereichs von Grundrechten und für die Konkretisierung der Grundrechtsfunktionen wegen der alleinigen Hervorhebung der staatlichen Verantwortung für Grundrechtsbeschränkungen eher als Hindernis.

b) Die Theorie von Leisner

Leisner hat (2) wohl als Erster und bislang Einziger den Versuch einer umfassenden Begründung einer unmittelbaren Drittwirkung gegeben. Dabei verwertet er eine Fülle von historischen Bezügen, (3) gibt eine ausführliche Darstellung der Argumente für und wider die Drittwirkung (4) und differenziert in der erforderlichen Deutlichkeit

(1) vgl. Bleckmann S. 142

(2) in seinem umfangreichen Werk Grundrechte und Privatrecht

(3) Leisner S. 3 - 190

(4) Leisner S. 306 - 378

zwischen vertraglichen und deliktischen Grundrechtsbeschränkungen. (1)  
Nach Auffassung von Leisner gelten die Grundrechte im Privatrecht  
unmittelbar über die §§ 134, 823 II BGB. (2)

aa) Naturrechtliche Begründung der Drittwirkung

Leisner leitet die Entstehung der Grundrechte aus dem Naturrechtsdenken des 17. - 18. Jhdts. ab. Die Grundrechte seien ursprünglich sowohl staats- als auch drittgerichtete Rechte gewesen, die einen natürlichen Zustand des Individuums garantierten und als vorstaatlich gedachte Individualrechte darstellten. (3) Als Reaktion auf die NS-Zeit sei vom GG ein neues personalistisches Naturrecht rezipiert worden, (4) das einen Kernbereich des Menschen schütze und eine "letzte Statik", eine naturrechtlich definierte Widerstandslinie, errichte, deren Bedeutung so zentral sei, daß die Richtung, aus der der Angriff kommt, unerheblich sei. (5) Leisner geht dabei von einer ontischen Fundierung des Rechts aus und stellt die Person und die Bezüge, die ihr letztes Wesen erfassen, in den Vordergrund. Er unternimmt dabei nicht etwa den Versuch, den normativen Gehalt der Grundrechte und damit auch des Art. 12 GG durch Auslegung zu ermitteln und so den positivrechtlichen Charakter der Grundrechte auszuloten, sondern geht von der Argumentationsbasis eines durch die Erfahrungen faschistischer Diktatur historisch geprägten "neuen" Menschenbildes aus.

Wer jedoch den Ausführungen Leisner's vom "personalistischen Naturrecht als neuer Verfassungsgrundstimmung" Gewinn abringen will, muß sich der Versuchung, Überlegungen über die "richtige Naturrechtstheorie" anzustellen, (6) entziehen und von der Erarbeitung des normativen Gehalts der positiven Grundrechte ausgehen.

(1) Leisner S. 378 - 394

(2) Leisner S. 403

(3) Leisner S. 3 ff; siehe auch Koebel JZ 1961, 522; Blaesing S. 61 f.

(4) Leisner S. 134 ff.

(5) Leisner S. 136

(6) einen Überblick über die zahlreichen vertretenen Theorien gibt E. Wolff, Naturrechtslehre passim

Die Differenzierung zwischen Naturrecht und positivem Recht wirft die Frage nach dem Rangverhältnis zwischen beiden auf. Diese führt bei dem naturrechtlich arbeitenden Langner (1) dann zu Rangunterschieden zwischen naturrechtlich fundierten und "bloß" historischen positiven Grundrechten, womit kurzerhand aus einer Verfassung als Inbegriff von Rechtsnormen zwei noch dazu in einem Rangverhältnis stehende Verfassungen werden. (2) Dabei gerät gegenüber der Suche nach dem Wesen des Menschen der Gehalt der Verfassung in den Hintergrund. Die Statuierung von Menschen - und Grundrechten im Grundgesetz macht in der konkreten Rechtsanwendung einen Rekurs auf das Naturrecht überflüssig; die positive Gewährleistung der Grundrechte erspart den Rückgriff auf das Naturrecht. (3) Das Verfassungsrecht hat, mag auch bei der Genese des GG die Vorstellung natürlicher Rechte des Menschen vorgeherrscht haben, sich durch die Positivierung vom Positivierungsvorgang, d. h. von den zu seiner Positivierung geführt habenden Vorstellungen und Prämissen abgekoppelt und bedarf wegen dieser Verselbständigung einer naturrechtlichen Fundierung nicht mehr. (4) Nur, aber auch schon aus diesem Grund tritt die Naturrechtsproblematik gegenüber der Positivität des Grundgesetzes und der von ihm gewährleisteten Rechtsposition des einzelnen, die durchaus die Kriterien erfüllt, die Leisner von naturrechtlicher Sichtweise aus für den Schutz des Menschen im Kernbereich seiner Rechte aufstellt, die aber auch und gerade wegen der positiv-rechtlichen Gewährleistung, dieser Kriterien gar nicht mehr bedarf, zurück. Relevanz kann naturrechtliches Denken daher nur für die - jedenfalls für die Bundesrepublik hypothetische - Extremlage einer Aufhebung der Grundrechte und einer diktatorischen Entwicklung zurückerlangen. (vgl. Art. 19 II GG)

(1) Langner, Gedanke des Naturrechts S. 164

(2) so auch Häberle AöR 99 (1974), 441

(3) siehe auch Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 274; H.-P. Ipsen DV 1949, 488

(4) Häberle AöR 99 (1974), 438; zustimmend Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 275

Ob in einer solchen hypothetischen Situation von naturrechtlich fundierten Rechten auszugehen ist und in Grenzsituationen der Anmaßung von Macht und der Unterdrückung naturrechtliche Argumentation von Nutzen sein kann, (1) braucht daher hier nicht entschieden und demzufolge auch nicht weiter thematisiert werden.

Der Rekurs Leisner's auf das Naturrecht und die Interpretation der Verfassung als mit naturrechtlichem und deshalb unmittelbar rechtlich verbindlichem Geltungsgrund und Inhalt versehenem Normkomplex zielt daher an der durch historische Entwicklung erreichten Positivität der Grundrechte und damit an deren Normbereich vorbei. Statt die Verfassung auszulegen, legt er Vorstellungen in die Verfassung hinein. Angesichts der Irrelevanz naturrechtlicher Ideen für die Bestimmung des Verfassungsinhaltes, d. h. der Normstruktur und des Normbereichs von Grundrechten verlieren Leisner's Ausführungen über den neuen Naturrechtsgedanken nach 1945 jedenfalls für die Bestimmung des Normbereichs von Grundrechten in der Drittwirkung und damit für die Frage, ob Grundrechte in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen unmittelbar anwendbar sind, an Überzeugungskraft. Weiter fehlt es Leisner's Theorie eines "neuen personalistisch geprägten Naturrechts" (2) an Konsensfähigkeit, da der schillernde Begriff des Naturrechts durch die zusätzliche Kennzeichnung durch Leisner als eines personalistisch geprägten Naturrechts aus der *natura humana* (3) nicht einengt, sondern nur die Fülle der übrigen naturrechtlichen Theorien (4) in den Blick rückt, wobei jede naturrechtliche Theorie für sich in Anspruch nehmen muß, das Wesen des Rechts zu erkennen und die Unverfügbarkeit dieses

- (1) zustimmend trotz seines Plädoyers für eine Verfassungstheorie ohne Naturrecht Häberle AöR 99 (1974), 445 f.; ablehnend gegenüber jeglicher Berücksichtigung naturrechtlicher Vorstellungen Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 274 f.; Habermas Theorie und Praxis S. 118; Herschel JZ 1967, 727; wohl auch Majewski S. 110, dessen Unterstellung, der BGH gehe von einem naturrechtlichen "Werthimmel" aus, allerdings unzutreffend ist.
- (2) Leisner S. 113 ff.
- (3) Leisner S. 135
- (4) vgl. nur Leisner S. 135; Häberle AöR 99 (1974), 441

Rechts zu begründen, (1) und dadurch einen gesellschaftlichen Konsens über das Wesen der Dinge voraussetzt. (2) Leisner's Rekurs auf naturrechtliche Vorstellungen ist daher nicht geeignet, die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte zu begründen.

bb) Historische Ableitung der Drittwirkung

Des weiteren begründet Leisner (3) die unmittelbare Drittwirkung historisch. Insbesondere sei die Erklärung der Menschenrechte in erster Linie ein Angriff gegen privatrechtliche Freiheitsbeschränkungen gewesen. (4) Daß die Grundrechte demgegenüber auch historisch grundsätzlich als Abwehrrechte gegen den Staat zu verstehen sind, wurde bereits oben (5) dargelegt. Diese Feststellung schließt nun noch nicht unbedingt aus, daß angesichts der Multifunktionalität der Grundrechte (6) die Grundrechte auch historisch als multifunktionale, gegen verschiedene Verletzungshandlungen schützende Gewährleistungen verstanden werden können. (7) Jedoch ist gegenüber der von Leisner angewandten Methode, den Normbereich der Grundrechte durch historisch gewachsene Anschauungen, die mittlerweile keine normative Kraft mehr beanspruchen können, Reserviertheit angebracht. Wie auch gegenüber dem Versuch, aus der historischen und geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechte deren alleinige Staatsrichtung abzuleiten, ist gegenüber dem Versuch, aus dieser Entwicklung die Drittwirkung der Grundrechte abzuleiten, mit Laufke (8) einzuwenden, daß die Grundrechte keineswegs auch heute nur jene Funktionen, aber auch sämtliche Funktionen ausfüllen müssen, die ihnen in der historischen Entwicklung zugekommen sind.

(1) vgl. N. Luhmann Jb. f. Rechtssoziologie 1970, 180 f.; Häberle AöR 99 (1974), 440

(2) vgl. Häberle AöR 99 (1974), 441

(3) Leisner S. 3 ff.

(4) Leisner S. 22 ff.; so auch Ramm Die Freiheit der Willensbildung S. 52f.)

(5) s. o. § 7 1.) a) bb)

(6) siehe Bleckmann S. 155; BVerfGE 6, 71; 24, 135; 7, 198; 10, 66

(7) s. o. § 7 1.) b) u. c)

(8) Laufke FS f. Lehmann S. 148, 150 ebenso Nipperdey FS f. Molitor S. 25



Wenn sich auch aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung gewisse Indizien ergeben, die für eine unmittelbare Drittwirkung sprechen,(1) so sind doch gegenüber einer historischen Interpretation, die sich nicht auf den Inhalt der Normen des geltenden Rechts, sondern auf deren Genese stützt, kritische Vorbehalte angebracht. (2) Eine Einsicht bleibt Leisner jedoch zu verdanken. Wenn auch die Bedeutung der Grundrechte primär in der Staatsrichtung lag, so gingen doch die Verbindungslinien zum Privatrecht nie ganz verloren. Auch die Vorstellungen des 19. Jhdts. waren historisch geprägt und gingen nicht von einem Begriff der Grundrechte an sich aus, sondern rezipierten ihrerseits eine historische Entwicklung. (3) Wenn sich auch aus der historischen Genese der Grundrechte keine Drittwirkung ableiten läßt, so doch die - negative - Erkenntnis, daß eine Drittwirkung unter historischen Aspekten nichts a priori systemwidriges darstellt. (4)

- cc) Weiter leitet Leisner (5) die Drittwirkung der Grundrechte aus der Kernbereichsgarantie des Art. 19 II GG ab, der den Kern der Grundrechte auch im Privatrecht schütze. Ein Beweis für die Drittwirkung ist diese These nicht, da auch die Anwendbarkeit des Art. 19 II GG in Privatrechtsverhältnissen ebenso wie die Anwendbarkeit der Grundrechte selbst erst zu beweisen ist. Zudem fällt die Entwicklung eines absoluten Kernbereichsschutzes im Privatrecht als letzter Grenzen des Persönlichkeits- und Freiheitsschutzes, die niemand, auch der Private nicht, überschreiten darf, hinter die Prävention Leisner's der allgemeinen unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zurück.
- (1) wobei sich das Problem der Drittwirkung überhaupt erst mit der Entwicklung des Rechts des Herrschers zu einem Sonderrecht entwickelte, während zuvor der Fürst im Rahmen des "einartigen Rechts" sein Recht wie jeder andere nachweisen mußte; s. Erichsen Staatsrecht I S. 54; Fleiner Institutionen S. 29
- (2) siehe Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 266. Kritik an Leisner S. 3 ff. und Ramm Die Freiheit der Willensbildung S. 50 f. auch, allerdings pauschal, von Schwabe S. 157
- (3) Leisner S. 98
- (4) Leisner S. 152

Leisner (1) versteht unter der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG den absolut geschützten, eingriffsfesten Kernbestand eines jeden Grundrechts, (2) der sogar eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips ausschließt, (3) während der BGH (4) den Wesensgehaltsbegriff relativiert (5) und auf die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs abstellt und das BVerwG (6) den absoluten Wesensgehalt durch die immanente Schranke der für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter oder der Gefährdung anderer Grundrechte relativiert. (7) Folgt man der von Leisner (8) vertretenen Definition des Wesensgehaltes, so bleibt in dem Maße, in dem der Kernbereich verabsolutiert wird und jedem Eingriff entzogen wird, (9) ein durch Gesetz oder immanente Schranken einschränkbarer Bereich des Grundrechts außerhalb des Kernbereichs übrig, der zwar für die Grundrechtsausübung durchaus wesentlich ist, allein nicht zum Wesensgehalt des Grundrechts gehört. Vergegenwärtigt man sich, daß rechtswidrige Eingriffe in den Wesensgehalt von Grundrechten durch das BVerfG nur selten festgestellt wurden, (10) dann bleibt jedenfalls für die Rechtspraxis und für den grundrechtlichen Schutz des Einzelnen im Rechtsstaat jener Bereich, der nicht durch den Wesensgehalt definiert ist und durch den Staat einschränkbar ist, der bedeutsamere Bereich. Besteht ein Bedürfnis für den Schutz des grundrechtlichen Wesensgehalts im Privatrecht, so auch und erst recht jenseits absoluter Kernbereichsgrenzen.

(1) Leisner S. 160

(2) ebenso BVerfGE 34, 245; Fr. Klein DÖV 1973, 436 f.; von Münch-Hendrichs GG Art. 19 Rdn. 23; Stein § 24 III 3); von Mangoldt-Klein GG Art. 19 Anm. V 4 d)

(3) so ausdrücklich BVerfGE 34, 245

(4) BGH DÖV 1955, 729 f.; ebenso OVG Lüneburg DVBl 1955, 540; Zippelius DVBl 1956, 354; ähnlich auch BVerfGE 27, 352

(5) vgl. Erichsen Staatsrecht I S. 182; von Mangoldt-Klein GG Art. 19 Anm. V 4 d)

(6) BVerwGE 1, 168; BVerwG DÖV 1955, 732

(7) sog. Gemeinschaftsvorbehalt

(8) Leisner S. 160

(9) Bedenken gegen Leisner's verräumlichende Vorstellung von Kernbereichen bei Majewski S. 72

(10) Verstöße gegen die Wesensgehaltsgarantie in Verbindung mit Grundrechten oder dem Verhältnismäßigkeitsprinzip wurden bejaht in BVerfGE 27, 344 und in BVerfGE 34, 238

Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte würde, Leisner's Theorie als richtig unterstellt, weit über den Wesensgehaltskern grundrechtlich geschützter Betätigung hinausgehen. Gerade in dieser Transzendenz des letzten absoluten Wesensgehalts hin zu einer Aktualisierung und Effektivierung der Grundrechte liegt die Bedeutung einer unmittelbaren Drittwirkung, zumal die Wesensgehaltsgarantie sich ohnehin mehr auf die Garantie des Grundrechts in seinem Bestand denn auf die Garantie zugunsten Einzelner bezieht.<sup>(1)</sup> Damit wird die Bedeutung, die Leisner <sup>(2)</sup> der Wesensgehaltsgarantie zuweist, nicht geschmälert, sondern lediglich die Unzulänglichkeit eines Grundrechtsschutzes, der sich nur am Kernbereich orientiert, betont. Die Prätention Leisner's, eine umfassende unmittelbare Drittwirkung zu begründen, wird durch den privatrechtlichen Schutz grundrechtlicher Wesensgehalte noch nicht erfüllt.

Die enge Verbindung der Wesensgehaltsgarantie mit dem Schutz der Menschenwürde (Art. 1 I GG) <sup>(3)</sup> zeigt, daß die Drittwirkung der Grundrechte einer anderen, stärkeren Absicherung als der Wesensgehaltsgarantie bedürfen, soll nicht die Drittwirkung der Grundrechte in praxi leerlaufen. Leisner <sup>(4)</sup> leitet weiter aus Art. 19 II GG die Spezialisierung von Gesetzesvorbehalten ab, so daß das Privatrecht sich an der Schrankenschanke des Art. 19 II GG messen lassen muß. Er leitet damit aus dem Kernbereichsschutz des Art. 19 II GG die Folgerung ab, daß das Verfassungsrecht nicht nach Maßgabe des Privatrechts bestehe, sondern das Privatrecht am GG auszurichten sei. Diese Schlußfolgerung geht über die Effektuierung des grundrechtlichen Wesensgehalts im Privatrecht weit hinaus und spricht eine Reihe weiterer Problemkreise von großer Bedeutung an.

- (1) Erichsen Staatsrecht I S. 188; von Münch-Mangoldt-Hendrichs GG Art. 19 Rdn. 22; von Mangoldt-Klein GG Art. 19 Anm. V 1 c) und BVerfGE 2, 285: " Grundrecht ist nicht das subjektiv öffentliche Recht des Einzelnen, sondern die Grundrechtsbestimmung."
- (2) Leisner S. 160
- (3) siehe BVerfGE 27, 352; Erichsen Staatsrecht I S. 188; siehe auch Leisner S. 139 ff.
- (4) Leisner S. 159 f.

Leisner rückt so die Rangfolge der Normen, den Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Gesetzesrecht, den Gedanken der Einheit der Rechtsordnung und die Funktion von Verfassungsnormen als Verfassungsprinzipien und damit als Prinzipien des gesamten positiven Rechts in den Blickpunkt, ohne allerdings eine - wünschenswerte - Präzisierung zu bieten. Gerade an diesem Punkt erweist sich Leisner's geistesgeschichtlich - historische und naturrechtliche Vorgehensweise als Hemmnis, diese Ansätze weiterzuführen. Leisner ist es ungeachtet der vielen Querverbindungen und Zusammenhänge, die er in "Grundrechte und Privatrecht" aufzeigt, nicht gelungen, die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte tragfähig auf dem Boden des positiven Rechts durch Verfassungsauslegung zu begründen.

c) Die Theorie Nipperdey's und verwandte Auffassungen

Nach Auffassung von Nipperdey (1) gelten wesentliche Grundrechte im Privatrecht unmittelbar, da die Grundrechte neben der Bedeutung als staatsgerichtete Abwehrrechte (2) und der Bedeutung als Instituts- oder Einrichtungsgarantien (3) auch die Bedeutung von Ordinungen des gesamten Lebens, von objektiven Normen für die gesamte Rechtsordnung haben. (4)

Von Nipperdey wesentlich beeinflusst, hat sich das BAG für den Bereich des Arbeitsrechts dieser Auffassung angeschlossen. (5) Ihm folgen ferner in der Lit. Gamillscheg, (6) G. Müller (7) und

- (1) Nipperdey Die Grundrechte II S. 20; FS f. Molitor S. 24 f. = Grundrechte und Privatrecht S. 17f.; RdA 1950, 121; DVBl 1958, 445
- (2) Nipperdey FS f. Molitor S. 22 f.
- (3) etwa Ehe und Familie, Gewerbefreiheit, Eigentum und Erbrecht; Nipperdey FS f. Molitor S. 23
- (4) Nipperdey FS f. Molitor S. 23 f.
- (5) BAGE 1, 191; 1, 262; BAG NJW 1962, 1981; JZ 1964, 183; NJW 1973, 77
- (6) Gamillscheg AcP 164 (1964) 404 ff.; 419 f.

Hildegard Krüger, (1) die ebenfalls von der Bedeutung der Grundrechte als objektiver Ordnung ausgehen. Nach Nipperdey (2) wirken die Grundrechte im außervertraglichen Bereich als subjektive Privatrechte als "sonstige Rechte" i. S. d. § 823 I BGB sowie im vertraglichen Bereich als zur Nichtigkeit führende Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB. (3) Auch Nipperdey bettet die Grundrechte in das herkömmliche System zivilrechtlicher Anspruchsgrundlagen und Normen ein. Trotz dieser Einordnung in das zivilrechtliche Normensystem ist die Bezeichnung "unmittelbare Drittwirkung" zutreffend, da der Normgehalt der betr. zivilrechtlichen Vorschriften (§§ 134, 823 I BGB) allein und unmittelbar durch die Grundrechte selbst definiert wird, ohne daß erst noch eine Uminterpretation durch den spezifischen Gehalt der privatrechtlichen Normen erforderlich wäre. Die von Nipperdey herangezogenen §§ 134, 823 I BGB überlassen das Feld ganz dem Verfassungsrecht; sie sind Aufhänger, nicht Inhaltsbestimmung für die Grundrechte. Eine Verbindungslinie zur mittelbaren Drittwirkung ergibt sich auch hier, da die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 823 I BGB) ebenso wie die mögliche Anerkennung weiterer auf die Grundrechte gestützter absoluter Rechte den privatrechtlichen Bezug der von Nipperdey als außervertragliche unmittelbare Geltung der Grundrechte bezeichneten Anwendungsfälle der Drittwirkung verdeutlicht. Koebel (4) meint, die Entwicklung von Persönlichkeitsrechten sei eine Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf dem Boden des Privatrechts. Hierin liegt jedoch kein Widerspruch zu der Formulierung von "unmittelbarer" Drittwirkung, sondern lediglich die Bestätigung dessen, daß Verfassungsrecht und Privatrecht nicht beziehungslos nebeneinanderstehen. (5) Daß dann innerhalb der Präzisierung der zivilrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen bei den aus Grundrechten folgenden "sonstigen Rechten" i. S. d. § 823 I zivilrechtliche Feinabstimmungen vorgenommen werden - die auch in der Staats-

(1) Hildegard Krüger FamRZ 1956, 330; RdA 1954, 365 ff., 370 ff.

(2) Nipperdey FS f. Molitor S. 24 = Grundrechte und Privatrecht S. 17f.

(3) ebenso Neumann-Duesberg JZ 1964, 186; BAG 1962, 1983; NJW Palandt-Heinrichs BGB § 242 Anm. 1 d); LAG Berlin NJW 1979, 2582; Leisner S. 403; ausdrücklich ablehnend Schwabe S. 72 f.; Dürig FS f. Nawiaskey S. 162 f.

(4) Koebel JZ 1961, 525

(5) das betont auch Dürig; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 131

richtung erforderlich sind -, berührt nicht, daß die Grundrechte auch im Rahmen des § 823 I BGB unmittelbar die jeweiligen subjektiv-privatrechtlichen Rechte i. S. Nipperdey's konkretisieren.

aa) Die Funktion der Grundrechte als objektive Ordnung

Nach Nipperdey (1) haben die Grundrechte auch die Funktion, objektive Normen für die gesamte Rechtsordnung, Ordnungssätze und Grundsatznormen zu sein. Er ist der Auffassung, die Grundrechte entfalten auch im Privatrecht unmittelbar normative Wirkung in ihrer Eigenschaft als objektives, verbindliches Verfassungsrecht, das Bestimmungen des Privatrechts aufgehoben, modifiziert oder - unmittelbar - neu geschaffen hat, und charakterisiert die Grundrechte als normative Regelung der gesamten Rechtsordnung als Einheit und demzufolge als mehr als bloße "Leitsätze" und "Auslegungsregeln." (2)

Ähnlich formuliert das BAG, (3) das die Bedeutung der Grundrechte als Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben betont. Das Grundgesetz stelle eine objektive Wertordnung auf; Art. 12 GG sei Ordnungssatz für das gesamte soziale Leben. (4) Diese Bedeutung der Grundrechte stellt auch das BVerfG (5) heraus, das die Grundrechte als objektive Wertordnung und verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts bezeichnet. Diese Äußerung entspricht insofern der ständigen Rspr. des BVerfG (6) und der in der Lit., soweit ersichtlich, allgemein vertretenen Auffassung, (7) als sie die Be-

(1) Nipperdey FS f. Molitor S. 24 = Grundrechte und Privatrecht S. 17 f; Die Grundrechte II S. 18 f.

(2) Nipperdey FS f. Molitor S. 24

(3) BAG NJW 1962, 1982; BAGE 1, 193; 4, 243; 4, 276

(4) BAG NJW 1962, 1982

(5) BVerfGE 7. 205

(6) BVerfGE 5, 134; 6, 40; 13, 296; 27, 254; 34, 280; 42, 148

(7) von Mangoldt-Klein GG Vorbem. vor Art. 1 Anm. A VI 4); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 99; Bleckmann S. 202; Gamillscheg AcP 64 (164) 404 f.; G. Müller RdA 1964, 122

deutung der Grundrechte als objektiver Ordnung gerade im öffentlichen Recht betrifft.

Der Unterschied zwischen dieser wohl allgemein anerkannten Funktion und der Bedeutung, die das BVerfG im Lütz-Urteil (1) den Grundrechten zugesprochen hat (2) liegt in der Bedeutung als objektive Ordnung gerade des Privatrechtsverkehrs. Allerdings indiziert, akzeptiert man erst einmal die Prämisse, daß die Grundrechte eine objektive Ordnung im Bereich des öffentlichen Rechts bilden, die Ordnungsfunktion für einen Teilbereich die Ordnungsfunktion für den Gesamtbereich und somit die Ordnungsfunktion für das gesamte Recht. Dies spricht das BVerfG (3) an, wenn es ausführt, daß verfassungsrechtliche Grundentscheidungen für alle Bereiche des Rechts gelten müssen und deshalb die Grundrechte auch das bürgerliche Recht beeinflussen. Akzeptiert man jedoch auch die Erstreckung der objektiven Ordnungsfunktion der Grundrechte auf das Privatrecht, so ist gerade dieser Schritt, der scheinbar die unmittelbare Drittwirkung ganz selbstverständlich herbeiführt, nur unvollkommen, da es das Anliegen Nipperdey's (4) ist, daß die Grundrechte als subjektiv-private Rechte ausgestaltet werden. Objektives Recht und subjektiv-rechtlicher Anspruch sind nicht identisch. Zwar deutet die Tatsache, daß die Grundrechte ausdrücklich als subjektiv-öffentliche Rechte ausgestaltet sind, darauf hin, daß der objektiv-rechtlichen Bedeutung im Privatrecht eine korrespondierende subjektiv-rechtliche Bedeutung ebenso entspricht wie im öffentlichen Recht, doch sind dadurch Art und Ausmaß der subjektiv-privatrechtlichen Berechtigung noch nicht eindeutig festgelegt. Die subjektiv-rechtlichen Garantien der objektiven Ordnung im Privatrecht können auch durch einfachgesetzliche Konkretisierung der in den Grundrechten normierten objektiven Ordnungsgelalte erfüllt werden, so daß es letztlich Aufgabe des Gesetzgebers wäre, die Grundrechte im Privatrecht durch Schaffung entsprechender einfachgesetzlicher Privatrechtsnormen zu effektuieren. (5)

(1) BVerfGE 7, 205

(2) ausdrücklich zustimmend G. Müller RdA 1964, 122

(3) BVerfGE 7, 205

(4) siehe Nipperdey FS f. Molitor S. 24 = Grundrechte und Privatrecht S. 17 f.

(5) Dieser Weg wird vorgeschlagen von Hesse § 11 II; ähnlich auch Stein § 24 II 3) und Dürig FS f. Nawiasky S. 180; s. auch Eckhold-Schmidt S. 59 f.)



Schon längst hat jedoch die Rspr. insbesondere zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (1) eigenständig unter dem Einfluß der Grundrechte subjektive Rechtspositionen qua Richterrecht entwickelt, ohne daß das Eingreifen des Gesetzgebers abgewartet oder auch nur gefordert wurde.

Problematisch bleibt unter diesen vorgefundenen Umständen nur, ob der von der Rspr. entwickelte Schutz subjektiver Rechte auch tatsächlich der von der Verfassung zwingend geforderte und einzig mögliche Weg der Realisierung des objektiven Ordnungsgehalts i. S. Nipperdey's, (2) des BAG (3) und des BVerfG (4) ist.

Der Begriff der objektiven Ordnung erfährt seine Konkretisierung und Nutzenanwendung bei Nipperdey in der Berücksichtigung der faktischen Bedingungen von Freiheitsausübungen und damit faktischer sozialer Überlegenheit (5) und in der Relevanz für den Grundrechtsverzicht, dessen Zulässigkeit an der objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte scheitern kann. (6)

#### bb) Richterliche Konkretisierungskompetenz und Gewaltenteilung

Verschiedentlich ist behauptet worden, (7) die unmittelbare Geltung der Grundrechte im Privatrecht widerspreche dem Gewaltenteilungsprinzip, da der Richter die Grundrechte bei der Anwendung auf privatrechtliche Sachverhalte selbst konkretisieren müsse, wozu er nicht befugt sei. In engem Zusammenhang mit dieser These steht die Forderung einer ausdrücklichen verfassungsgesetzlichen Anordnung der

- (1) siehe auch die eigenständige Entwicklung der Rechtsinstitute der positiven Vertragsverletzung und der culpa in contrahendo; BGHZ 6, 333; 66, 54; 11, 83
- (2) Nipperdey FS f. Molitor S. 24 = Grundrechte und Privatrecht S. 17 f.
- (3) BAG NJW 1962, 1982
- (4) BVerfGE 7, 205
- (5) Nipperdey FS f. Molitor S. 18; so auch Gamillscheg AcP 64 (1964), 406 ff.
- (6) Nipperdey FS f. Molitor S. 27; siehe dazu auch Eckhold-Schmidt S. 57; zur entsprechenden Problematik im öffentlichen Recht siehe Erichsen FS f. Wolff S. 239; Staatsrecht I S. 154 f.
- (7) so von Schmidt-Rimpler-Gieseke-Friesenhahn-Knur AöR 76 (1950), 173; Geiger S. 50; Reimers MDR 1967, 535; Esser Vorverständnis S. 197 ff.; Grundsatz und Norm S. 75

Drittwirkung. (1)

Diese These übersieht zunächst, daß richterliche Konkretisierung des Normbereichs auch bei der Anwendung der Grundrechte im öffentlichen Recht geleistet werden muß und dort gerade durch Art. 1 III vorgeschrieben ist. (2) Richterliche Konkretisierung setzt also bei der Anwendbarkeit der Norm ein; ihr Zulässigkeit kann nicht geleugnet werden. Unterstellt man die Anwendbarkeit einer Norm im materiellrechtlichen Rechtsverhältnis, so würde es der Bedeutung und Funktion der Rspr. im Gegenteil gerade zuwiderlaufen, wollte man dem Richter die Konkretisierung der Norm auf den Sachverhalt und damit die Anwendung selbst wieder nehmen. (arg.ad absurdum) Weiter erfordert auch - und gerade - eine mittelbare Drittwirkung die Normkonkretisierung durch den Richter, wenn Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen sind. (3) In Wirklichkeit geht es, und das ergibt sich notwendig auch aus Art. 9 III GG, der die unmittelbare Drittwirkung der Koalitionsfreiheit vorsieht (4) und somit zwangsläufig auch den Richter zur fallbezogenen Anwendung dieses Grundrechtssatzes zwingt, auch gar nicht um einen Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip als solches; die Vorbehalte richten sich lediglich gegen die angebliche generalklauselartige Unbestimmtheit der Grundrechte. (5) Die gleiche angebliche Unbestimmtheit, die der Anwendung der Grundrechte im Privatrecht angelastet wird, besteht ebenso bei der Anwendung der Grundrechte im öffentlichen Recht. (6) Zutreffend hat Leisner (7) betont, daß die Rechtsbeziehungen zwischen Bürger und Staat genauso vielschichtig sind und einer Interessenabwägung unterzogen werden wie die Rechtsbeziehungen im Privatrecht.

- (1) erhoben von Stein § 24 II 2; Geiger S. 18; Bosch-Habscheid JZ 1954, 214; Stree NJW 1954, 1026
- (2) siehe Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 119 f; hierin liegt im Unterschied zu Schwabe S. 157 die Bedeutung des Art. 1 III GG
- (3) Eckhold-Schmidt S. 74
- (4) siehe Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 9 Rdn. 332 ff.
- (5) siehe auch die treffende Unterscheidung bei Leisner S. 315 ff.
- (6) Eckhold-Schmidt S. 74; Leisner S. 315 f.; Reichenbaum S. 118
- (7) Leisner S. 316

Schließlich hat gerade das Zivilrecht sich nicht gescheut, neue Generalklauseln zu entwickeln, (1) wobei die Rspr. verschiedentlich über bloße Konkretisierung hinausgegangen ist. (2) Die Aufgabe der Rspr. bei der Anwendung von Grundrechten im Privatrecht ist dieselbe wie bei der Anwendung anderer Normen auch. (3)

cc) Einschränkung der Drittwirkung durch die Grundregeln des Arbeitsverhältnisses

Das BAG (4) hat in einer Entscheidung zur Drittwirkung der Meinungsfreiheit unter allgemeinen Gesetzen i. S. d. Art. 5 II GG in der Drittwirkung auch die Grundregeln über die Arbeitsverhältnisse verstanden. Zu diesen gehöre auch das Verbot, den Betriebsfrieden ernstlich zu gefährden; dieses Verbot richte sich nicht gegen das Rechtsgut der Meinungsfreiheit an sich, sondern stütze lediglich das Rechtsgut des Betriebsfriedens als solches. Das BAG leitet aus Art. 5 I GG in der Drittrichtung somit lediglich das Verbot des Mißbrauchs der Machtstellung des Arbeitgebers ab.

Dieser Argumentation ist von Ramm (5) und Dürig (6) entgegengehalten worden, sie entwerte die Anwendung der Grundrechte im Arbeitsrecht fast völlig und reduziere sie auf das Verbot des Rechtsmißbrauchs, das schon seit jeher als Privatrecht anerkannt gewesen sei und zu dessen Begründung es der Drittwirkung nicht bedurft hätte. Das BAG vollziehe einen logischen Zirkel, wenn es das Privatrecht nur nach Maßgabe der Grundrechte gelten ließe, die Grundrechte aber wiederum durch die privatrechtlichen Grundregeln über das Arbeitsverhältnis einschränke.

- (1) Leisner S. 316 spricht von der "Hervorzauberung neuer Rechtsinstitute"
- (2) Eckhold-Schmidt S. 75; Leisner S. 316
- (3) siehe dazu Stern Staatsrecht II S. 583
- (4) BAGE 1, 194
- (5) Ramm JZ 1964, 584 f.
- (6) Dürig FS f. Nawiasky S. 170

Diese Kritik setzt an der vom BAG (1) vertretenen Schranken-systematik an, die für die Einschränkung des Art. 5 I GG eben kein Gesetz fordert, sondern durch Vertrag verbindlich gewordene Grundregeln ausreichen läßt, sofern diese sich nur nicht gegen die Meinungsäußerung als solche richten. Das BAG interpretiert so die Schranken des Art. 5 I GG im Arbeitsrecht extensiver als in der Staatsrichtung. Ramm (2) geht offenbar von der Vorstellung aus, die Drittwirkung der Grundrechte führe automatisch zu einer erheblichen Ausweitung ihres Schutzbereiches, und das betr. Grundrecht müsse im konkreten Fall stets durchgreifen. Ramm meint, im Hinblick auf die praktischen Ergebnisse sei die Theorie der unmittelbaren Drittwirkung entbehrlich gewesen. Diese Argumentation ausschließlich vom Ergebnis her ist bedenklich, unterstellt sie doch bestimmte Ergebnisse bei der unmittelbaren Anwendung von Grundrechten und führt sie doch zu einer normativ nicht gerechtfertigten Erwartungshaltung gegenüber den Grundrechten.

Die Entscheidung des BAG (3) führt daher weder zu einem Leerlaufen noch zu einer Entwertung der unmittelbaren Drittwirkung, sondern stellt lediglich einen Versuch dar, Lösungen für die Schranken-problematik in der Drittrichtung zu finden, die sich im übrigen entsprechend der Problematik in der Staatsrichtung bei jedem Grundrecht in unterschiedlicher Akzentuierung stellt.

dd) Die Verbindung von unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung

Von Vertretern der unmittelbaren Drittwirkung wird verschiedentlich betont, daß die Bejahung einer unmittelbaren Drittwirkung keinesfalls eine mittelbare Drittwirkung über die zivilrechtlichen Generalklauseln ausschließt.

(1) in BAGE 1, 194

(2) Ramm JZ 1964, 585

(3) BAGE 1, 194

aaa) Stellungnahmen in der Lit.

Obwohl sie die Drittwirkungslehre Dürig's (1) ausdrücklich kritisieren, halten Leisner (2) und Gamillscheg (3) auch eine mittelbare Drittwirkung über die Generalklauseln der §§ 138, 826 BGB für möglich und sinnvoll. Dürig wird dabei vorgehalten, nur den Weg über die Generalklauseln zu gehen und nicht auch eine unmittelbare Anwendung zu befürworten. Ähnlich befürworten Herbert Krüger (4), Reichenbaum (5) und Heinrichs (6) ein Nebeneinander von mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung. Diese Auffassung kann sich auf die Erkenntnis stützen, daß die Grundrechte mehrere Funktionen haben können und also auch im Privatrecht multifunktional sein können, und sich auf Thoma, (7) Laufke (8) und Scholz (9) berufen, die diejenige Anwendung der Grundrechte befürworten, die ihnen die größtmögliche Bedeutung zukommen läßt.

bbb) Stellungnahmen in der Rspr.

Auch die Rspr. des BAG (10) arbeitet verschiedentlich mit der Theorie der mittelbaren Drittwirkung. Dabei werden insbesondere die Grundrechte als Auslegungsmaßstab einfachen Rechts angewandt. (11) Das BAG hat außerdem auch § 138 BGB als zivilrechtlichen Anknüpfungspunkt gewählt. (12) Kürzlich hat das BAG (13) die Konstruktion der Drittwirkung - mittelbar oder unmittelbar - dahinstehen lassen, da beide

- (1) Dürig FS f. Nawiasky S. 157 ff.
- (2) Leisner S. 365
- (3) Gamillscheg AcP 64 (164), 423
- (4) Herbert Krüger NJW 1949, 163
- (5) Reichenbaum S. 111
- (6) Palandt-Heinrichs BGB § 242 Anm. 1 d) aa)
- (7) Thoma Grundrechte u. Grundpflichten I S. 9, 12
- (8) Laufke FS f. Lehmann S. 120
- (9) Scholz S. 95
- (10) Nachweise dazu bei Echtermöller BB 1973, 393; Gamillscheg AcP 64 (1964) 424 ff; Erichsen Staatsrecht I S. 57
- (11) so in BAGE 2, 221; BAG AP Nr. 13 zu § 123 BGB; BAG AP Nr. 3 zu § 60 HGB; BAGE 6, 306
- (12) BAG JZ 1964 183; ebenso sowohl auf § 134 BGB als auch auf § 138 BGB abstellend Neumann-Duesberg JZ 1964, 186
- (13) BAG DB 1979, 554

Anwendungsformen zum selben Ergebnis gekommen seien. (1) Auch das LAG Berlin (2) prüft sowohl § 134 BGB als auch § 138 BGB im Zusammenhang mit der Anwendung des Art. 12 GG. Die Arbeitsgerichtsbarkeit hat somit bei der Handhabung der Drittwirkungstheorien methodische Flexibilität bewiesen.

### 3.) Mittelbare Drittwirkung und Werthorizont der Verfassung

Nach einer verbreiteten Auffassung (3) vollzieht sich die Einwirkung von Grundrechten in das Privatrecht lediglich mittelbar über die Generalklauseln wie die §§ 138, 823, 826, 157, 1004 BGB. (4) Während zum Teil der Akzent allein auf die Wertgebundenheit des Privatrechts und die Bedeutung der Grundrechte als wertausfüllende und wertkonkretisierende Grundsätze gelegt wird, (5) wird teilweise auch eine Anknüpfung an den Wertgehalt der Verfassung bzw. den Wertbegriff vermieden. (6)

- (1) Soweit Echtermöller BB 1973, 393 allerdings ohne genauere Nachweise aus der Rspr. des BAG und Erichsen Staatsrecht I S. 57, der sich pauschal auf Echtermöller beruft, meinen, das BAG habe zuletzt an der unmittelbaren Drittwirkung nicht mehr dezidiert festgehalten, so widerspricht diese Auffassung der Entscheidung des BAG NJW 1973, 77 und zumindest auch der Selbsteinschätzung des BAG, das in der Entscheidung BAG DB 1979, 554 die unmittelbare Drittwirkung als ständige Rspr. des BAG kennzeichnet.
- (2) LAG Berlin NJW 1979, 2582 f.)
- (3) Dürig FS f. Nawiasky S. 176 ff.; Dürig Die Grundrechte II S. 525; Dürig JZ 1953, 199; Dürig ZgesStW 109, 341; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132; Hesse § 11 II; Stein § 24 II 3); Maunz § 13 II 11.); Bleckmann S. 141 ff.; von Mangoldt-Klein GG Vorbem. zu den Grundrechten A II 4 d); Hamann-Lenz GG Vorbem. zu den Grundrechten Rdn. 6; Staudinger-Coing BGB Ein. vor § 1 Rdn. 191 ff.; Erichsen Staatsrecht I S. 58; H. H. Klein S. 59 f.; Geiger S. 37; Reimers passim; Coing JZ 1958, 560; Jellinek BB 1950, 426; Koebel JZ 1961, 526; von Münch-Herdmerten GG Art. 1 Rdn. 40; Bosch-Habscheid JZ 1956, 300; diese Auffassung wird von Dürig FS f. Nawiasky S. 177 als unbestrittene Lehrmeinung dargestellt.
- (4) nach Achterberg JZ 1975, 718 außerdem auch über Ermessenssätze des Privatrechts
- (5) so von Dürig FS f. Nawiasky S. 177 ff.; Dürig Die Grundrechte II S. 525; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132, Maunz § 13 II 11; Coing JZ 1958, 560; Bosch-Habscheid JZ 1956, 300
- (6) so von Hesse § 11 II; Stein § 24 II 3; Erichsen Staatsrecht I S. 57; Geiger S. 37; Jellinek BB 1950, 426; Achterberg JZ 1975, 718

a) Die wertgebundene Argumentation Dürig's

Nach Dürig vollzieht sich die Einwirkung der Grundrechte auf die wertausfüllungsbedürftigen Normen des Zivilrechts in dreierlei Weise. Zunächst dienen die Grundrechte der Wertverdeutlichung und Werterhellung der Zivilrechtsvorschriften. (1) Weiter dienen sie zur Wertakzentuierung und Wertverschärfung (2) und schließlich der Schließung von zivilrechtlichen Wertschutzlücken. (3) Die Verfassung beinhaltet demnach nicht nur Ansprüche in Form von subjektiven Grundrechten, sondern auch Werte. Dem Anspruchssystem des GG entspricht ein Wertsystem. (4) Dieses Wertsystem - und nicht das Anspruchssystem - wird für das Zivilrecht nutzbar gemacht, indem die verfassungsrechtlich verkörperten Werte in die entsprechenden Zivilrechtsbestimmungen einfließen. Voraussetzung ist, daß die betreffende Zivilrechtsnorm für Wertgehalte aufnahmefähig ist. Dies sind die Generalklauseln, die sowohl wertausfüllungsbedürftig als auch wertausfüllungsfähig sind. (5) Die Grundrechte werden so durch das Privatrecht mediatisiert, vermittelt; von Bedeutung ist nur noch ihre Ausstrahlungswirkung, die den Sinn privatrechtlicher Vorschriften erhellt. Die Auslegung und Anwendung vollzieht sich im Lichte des Verfassungsrechts.

Dabei wird von drei Prämissen ausgegangen. Zunächst ist erforderlich, daß den Grundrechten überhaupt ein für den Einzelfall konkretisierbarer Wertgehalt entnehmbar ist. Weiter müssen die zivilrechtlichen Generalklauseln eine Wertbindung aufweisen, ohne diese Werte bereits anwendbar zu enthalten, da es sonst des Rückgriffs auf das Verfassungsrecht nicht mehr bedürfte.

- (1) Dürig FS f. Nawiaskey S. 177 f.; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 133
- (2) Dürig FS f. Nawiaskey S. 178 f.; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 133
- (3) Dürig FS f. Nawiaskey S. 179 f.
- (4) Dürig FS f. Nawiaskey S. 176
- (5) Dürig FS f. Nawiaskey S. 176 f.; offensichtlich sind nach Auffassung von Dürig alle zivilrechtlichen Generalklauseln wertausfüllungsfähig.



Sie müssen also offen für außerhalb ihres Normbereichs liegende Werte sein, (1) andererseits aber bereits einen eigenen eigenständigen Wertgehalt aufweisen, der vom Verfassungsrecht nur noch komplettiert wird. Schließlich dürfen der Wertgehalt der zivilrechtlichen Generalklauseln und der Wertgehalt der Grundrechte nicht identisch sein, da man sonst die Grundrechte nicht mehr zu bemühen bräuchte. (2)

Schon an der Ausgangsprämisse Dürig's, die Grundrechte bildeten ein Wertsystem und beinhalteten Wertgehalte, (3) ist Kritik mit dem Ziel geübt worden, eine vom Wertbegriff unabhängige und losgelöste Grundrechtsanwendung zu erreichen. Gänzlich ablehnend zu den Begriffen der Wertordnung und der Wertvorstellungen der Verfassung hat sich Goerlich (4) geäußert. Einer Analyse der Rspr. des BVerfG (5) meint Goerlich entnehmen zu können, daß die Verwendung des Wertbegriffs nicht legitimiert ist, für die Entscheidungsfindung überflüssig ist und überdies die wahren Entscheidungsgründe nur verdeckt. Für Luhmann (6) sind die Begriffe Werthierarchie und Wertsystem ohne Aussagekraft, obwohl er den Wertbegriff als solchen verwendet und einer systemtheoretischen Neuinterpretation unterzieht. (7) Steinberg (8) und Hesse (9) wenden sich ebenfalls gegen die Vorstellung einer festgefühten Wertordnung, die der Offenheit der Verfassung zuwiderliefe. (10) Gegenüber den Versuchen von Goerlich, den Wertgehalt der Verfassung zu leugnen und eine wertgebundene Argumentation wissenschaftlich zu diskreditieren, ist an der grundsätzlichen Bedeutung von Werten als Rechtswerten und damit durch

(1) "Wertausfüllungsfähigkeit" im Sinne von Dürig FS f. Nawiasky S. 176 f.

(2) Dürig FS f. Nawiasky S. 164 geht primär von der Eigengesetzlichkeit des Zivilrechts aus. Für ihn hat demnach das Verfassungsrecht nur eine zusätzliche, verdeutlichende, sekundäre Bedeutung gegenüber dem Zivilrecht, das möglichst aus eigener Kraft heraus arbeiten soll.

(3) Dürig FS f. Nawiasky S. 176 f.; so auch BVerfGE 7, 205 und ähnlich auch BAG NJW 1962, 1982

(4) Goerlich S. 187

(5) vgl. nur etwa Goerlich S. 68 ff.

(6) Luhmann Soz. Aufklärung S. 201, vgl. auch Wilke S. 60 ff., 72 ff.

(7) Luhmann Rechtssoziologie S. 85 ff.; vgl. die Darstellung bei Wilke S. 59 ff.

(8) Steinberg JZ 1980, 386

(9) Hesse § 1 III, § 9 III

(10) differenzierend Stern Staatsrecht I S. 65 f., 76 f.

juristische Erkenntnisprozesse erfahrbaren und konkretisierbaren präskriptiver Erwartungen festzuhalten. (1) Goerlich trennt nicht ausreichend zwischen dem werthafter normativen Gehalt der Verfassung und der fallbezogenen konkreten Nutzbarmachung der Wertordnung durch das BVerfG, da, auch wenn man mit Goerlich der Auffassung ist, daß verschiedene Entscheidungen des BVerfG im Hinblick auf die argumentative Umsetzung von Wertgehalten auf den Einzelfall inkonsistent sind, mit dieser Folgerung noch nicht der Wertgehalt der Verfassung selbst negiert ist. Der Begriff des Wertes (2) als Rechtswert (3) ist nicht wertphilosophisch als ewig gültiger Wert zu begreifen, (4) sondern in seinem normativen - d. h. durch Entscheidung geschaffenen-Gehalt zu begreifen. (5) Aus den Grundrechten läßt sich auch ein, wenngleich nicht unbedingt lückenloses, Wertsystem ableiten. (6) Der ersten Prämisse Dürig's kann also unter der Voraussetzung, daß unter Werten verfassungsrechtlich konkretisierte Rechtswerte zu verstehen sind, zugestimmt werden.

Problematischer ist die Wertöffnung und Wertbindung der zivilrechtlichen Generalklauseln. Diese müssen, soll Dürig's Theorie schlüssig sein, sowohl bereits einen bestimmten Wertgehalt aufweisen als auch offen für zusätzliche Wertungen sein, durch die sie ausgefüllt und akzentuiert werden. Der ersten Anforderung genügen die Generalklauseln gerade durch ihre Unbestimmtheit, die eine Kasuistik nicht ohne weiteres zuläßt, sondern Wertorientierungen als Grundlage für

- (1) siehe Willke S. 72 ff.; Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 259 ff.; Krebs S. 51; Häberle Wesensgehaltsgarantie S. 6 f.; zur wissenschaftlichen Erkennbarkeit von Werten Kraft S. 7 ff.
- (2) vgl. die Darstellung verschiedener Wertbegriffe bei Lautmann, passim.
- (3) siehe Willke S. 45; Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 259 f.; Rechtswerte sind danach rechtlich verankerte Präferenzen bzw. präskriptive Erwartungen
- (4) so aber Podlech AöR 95 (1970), 202 ff.
- (5) Willke S. 74; Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 259 f.
- (6) Willke S. 100 ff.; siehe auch Krebs S. 39, 43, der nachweist, daß wegen dem Unterschied zwischen Regelungsbereich und Schutzbereich der Grundrechte sich durchaus Betätigungen finden lassen, die auch nicht unter das Auffanggrundrecht des Art. 2 I GG fallen; vgl. auch BVerwGE 3, 133

die Kasuistik erfordert, (1) während tatbestandlich präzisere Normen die hinter ihnen stehenden Werte verdecken oder jedoch mindestens für die Rechtsanwendung einen Rekurs auf diese Werte erübrigen. Zu diesem Wertgehalt hinzu tritt nun die Akzentuierung durch verfassungsrechtliche Wertgehalte, d. h. Werte werden durch Werte akzentuiert. Diese Ausfüllung und Akzentuierung muß notwendig zunächst auf einer allgemeinen Ebene verharren, da die hinzutretenden Wertgehalte nicht mehr aus der Zivilrechtsnorm selbst entnommen werden können. Welche Werte also im einzelnen zur Sinnerhellung und Sinnschärfung herangezogen werden, bleibt unbestimmt. Diese Unbestimmtheit ist jedoch nicht größer als die der Generalklauseln überhaupt; mit der Anerkennung von Generalklauseln (2) erweist sich auch dieser von Dürig vorgeschlagene Weg als gangbar.

Die Schärfung von Werten durch Werte bedingt allerdings eine Abnahme der Transparenz und fördert die Tendenz zur Beliebigkeit von Entscheidungen. (3) Schließlich dürfen die verfassungsrechtlichen und die zur Aufnahme bereitstehenden zivilrechtlichen Werte nicht identisch sein. Dürig (4) will den Wertgehalt der Grundrechte zur Herstellung der Einheit des Gesamtrechts in der Rechtsmoral einsetzen, was im Umkehrschluß bedeutet, daß ohne verfassungsrechtliche Wertausfüllung eine solche einheitliche Wertebene nicht vorhanden wäre. Damit ist die Frage aufgeworfen, wie ursprünglich normfremde Werte in den Normgehalt aufgenommen werden können. Dieser Vorgang läßt sich nicht bloß als Ausfüllung oder Akzentuierung begreifen. Vielmehr sind die verfassungsrechtlichen Werte im Rahmen der Auslegung der Zivilrechtsnorm zu berücksichtigen.

- (1) Nach Leisner S. 363 verweisen einige Generalklauseln auf fremde Norminhalte)
- (2) zur Problematik vgl. auch Krawietz Der Staat 1972, 349 ff.)
- (3) siehe Eckhold-Schmidt S. 119; Kritisch zur Präzision dieses Vorgehens Leisner S. 372 f.)
- (4) Dürig FS f. Nawiasky S. 177; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132

Dürig kann trotz Anerkennung eines verfassungsrechtlichen Wertsystems (1) kein korrespondierendes zivilrechtliches Wertsystem konkretisieren. Er konzediert, (2) daß die Verfassung Wege der Wertausfüllung gestaltet, ohne sie vorzuschreiben. Die von Dürig empfohlene Drittwirkungstheorie ist weder verfassungsrechtlich - da die Notwendigkeit einer Anwendung der Grundrechte im Rahmen wertausfüllungsfähiger zivilrechtlicher Generalklauseln nicht dargelegt wird - noch zivilrechtlich notwendig. Dürig bietet somit nicht mehr als eine Möglichkeit, den Gehalt der Grundrechte für privatrechtliche Rechtsverhältnisse nutzbar zu machen, an, jedoch kein geschlossenes und dogmatisch abgesichertes System einer mittelbaren Drittwirkung.

b) Die Vertreter der mittelbaren Drittwirkung versuchen, da die Notwendigkeit gerade einer mittelbaren Berücksichtigung der Grundrechte über die Generalklauseln verfassungsrechtlich nicht nachgewiesen werden kann, die von den Vertretern unmittelbarer Drittwirkung verfochtene Theorie durch Gegenargumente anzugreifen. Daß die Unzulänglichkeit einer Theorie noch nicht automatisch bedeutet, daß die gegenteilige Auffassung zutrifft, mag als methodisches Bedenken vorangestellt werden. (3) Die gegen die unmittelbare Drittwirkung - und damit nur scheinbar auch für die mittelbare Drittwirkung - sollen dennoch im Einzelnen untersucht werden, da sie wesentliche Grundfragen der Drittwirkungsproblematik betreffen.

aa) Wesentlicher Einwand gegen eine unmittelbare Drittwirkung ist die Möglichkeit von Grundrechtskollisionen. Die Konsequenz, daß die Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung beide am Konflikt beteiligten Privaten - wobei die Möglichkeit, daß weitere Dritte und Vierte am rechtlichen Konflikt beteiligt sind, von

(1) siehe Dürig FS f. Nawiasky S. 176

(2) Dürig FS f. Nawiasky S. 180

(3) vgl. auch Bethge S. 386 ff.

den Verfechtern dieser Argumentation meist nicht gesehen wird (1) Grundrechte geltend machen können, soll nach verbreiteter Auffassung eine unmittelbare Drittwirkung ausschließen. Eine Reihe von Autoren ist der Auffassung, daß diese Möglichkeit von Grundrechtskollisionen der Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung entgegensteht. (2) Ähnlich meint Stein (3), daß die Grundrechte keine privatrechtlichen Konflikte entscheiden. Der gegenteiligen Auffassung sind Blaesing, (4) G. Müller, (5) Achterberg (6) und Nipperdey, (7) die die Möglichkeit von Grundrechtskollisionen (8) nicht als Hindernis unmittelbarer Drittwirkung ansehen. Bethge (9) stimmt zwar der Auffassung von Rupp, (10) daß das Verhältnis von personaler Freiheit zu personaler Freiheit einerseits und von personaler Freiheit zu staatlicher Herrschaftskompetenz andererseits strukturell verschieden sei, zu, sieht darin jedoch nur eine Widerlegung der Drittwirkungstheorien und will Kriterien für Grundrechtskollisionen zwischen Privaten herausarbeiten. (11)

- (1) eine Ausnahme bilden Bethge S. 383 und Häberle VVDStRL 30 (1972), 52, 87; im Bereich des Berufsfußballs sind die Rechte und Interessen von DFB, Spieler, abgebendem Verein, aufnehmendem Verein und den Vereinen, die einen Spieler auf Grund der Höhe der Ablösesumme nicht verpflichten konnten, zu berücksichtigen.
- (2) Hesse § 11 II; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 130; Dahm Dt. Recht S. 296; Conrad Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung S. 163; Emmerich S. 129; Böckenförde Freiheit in der sozialen Demokratie S. 13 f.; H. H. Klein Die Grundrechte im demokratischen Staat S. 60, 67; Rupp DVBl 1972, 67; ders. NJW 1972, 1542; ders. Macht und ökonomisches Gesetz S. 1266; Göhner DVBl 1980, 1035
- (3) Stein § 24 II 2
- (4) Blaesing S. 67
- (5) G. Müller RdA 1964, 124
- (6) Achterberg JZ 1975, 717
- (7) Nipperdey Die Grundrechte IV S. 781, 787
- (8) G. Müller RdA 1964, 123 spricht von Friktionen
- (9) Bethge S. 396 ff.
- (10) Rupp DVBl 1972, 67; ders. NJW 1972, 1542; ders. Macht und ökonomisches Gesetz S. 1266
- (11) Bethge S. 396 ff. problematisiert nicht die Frage, ob die Grundrechte zwischen Privaten überhaupt anwendbar sind.

Leisner (1) leugnet ganz die Möglichkeit von Grundrechtskollisionen im Privatrecht, so daß sich daraus kein Einwand gegen die unmittelbare Drittwirkung ableiten lasse. Hinzuweisen ist auch noch darauf, daß das BVerfG ganz selbstverständlich die Kollision von Grundrechten zwischen Privatleuten prüft, ohne die Möglichkeit solcher Grundrechtskollisionen zu problematisieren. (2) Ebenfalls selbstverständlich wird von der Möglichkeit von Grundrechtskollisionen bei der Erörterung des Problems des Passivrauchens ausgegangen. (3) Mit apodiktischer Eindringlichkeit hat insbesondere Conrad (4) Grundrechtskollisionen zwischen Privaten für unzulässig erklärt, ohne allerdings eine nähere Begründung anzugeben.

Die rechtstechnische Möglichkeit von Grundrechtskollisionen zwischen Privaten im Rahmen der unmittelbaren Drittwirkung ergibt sich jedoch bereits aus Art. 9 III GG, der zwar nicht für eine unmittelbare Drittwirkung anderer Grundrechte in Anspruch genommen werden kann, (5) der jedoch Einwände aus vermeintlichen Notwendigkeiten, die gegen eine Drittwirkung anderer Grundrechte als Art. 9 III GG vorgebracht werden, zu entkräften vermag. Im Rahmen von Art. 9 III GG können mehrere Private Grundrechte in Anspruch nehmen, so daß im Rahmen der Koalitionsfreiheit Grundrechtskollisionen möglich sind. (6) Aus Art. 9 III GG ergibt sich daher, daß unmittelbare Grundrechtskollisionen zwischen Privaten grundsätzlich möglich sind.

Einen anderen argumentativen Ansatz zur Verneinung der unmittelbaren Drittwirkung wegen der Möglichkeit von Grundrechtskollisionen bieten diejenigen, die in unmittelbarer Drittwirkung eine Selbstnegation der Freiheit sehen. (7)

(1) Leisner S. 391

(2) siehe BVerfGE 30, 173; 35, 202

(3) siehe dazu Scholz AöR 100 (1975), 104 ff; Suhr JZ 1980, 166 ff; Sowohl Rauchern als auch Passivrauchern werden - allerdings mit unterschiedlicher Gewichtung - Grundrechte aus Art. 2 I GG zuerkannt.

(4) Conrad Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung S. 163

(5) vgl. Blaesing S. 59

(6) Denkbar ist z. B. der Fall, daß Private vertraglich sich gegenseitig in der Koalitionsfreiheit einschränken.

(7) so Dahm Dt.Recht S. 296; Löw Menschenwürde S. 13; Hesse § 11 II; Böckenförde Freiheit in der sozialen Demokratie S. 13 f.; H.H.Klein Die Grundrechte im demokratischen Staat S. 60, 67; Emmerich S. 129; ähnlich Göhner DVB1 1980, 1035.

Nach dieser Argumentation erweist sich das, was gegenüber dem Staat freiheitsbegründend wirke, im Verhältnis zu Privaten als freiheitsbeschränkend. Daß dem Bürger sämtliche Grundrechte aller anderen Rechtsgenossen gegenüberstünden, führe zu einer Verringerung der Freiheit (1) und so zu einer Vernichtung der Freiheit im Namen der Freiheit. (2) Gegen diese Argumentation hat Achterberg (3) eingewandt, daß sie unzulässigerweise den Blickwinkel vom Grundrechtssubjekt zum Grundrechtsadressaten wechselt. Aus der Sicht des Grundrechtssubjektes könne es unwesentlich sein, ob sich seine Grundrechte gegen den Staat oder gegen Private richten. Ähnlich hält Erichsen (4) in den meisten Fällen einen Zugewinn an Freiheit trotz der Beschränkung durch die Grundrechte anderer für wahrscheinlich. In der Tat ist nicht einzusehen, warum die Zuerkennung von Rechten zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung des Einzelnen nur allein deshalb führen soll, weil alle anderen Rechtsgenossen die gleichen Rechte ebenfalls erhalten. Den eine Selbstnegation der Freiheit befürchtenden Ansichten liegt ein Freiheitsverständnis zu Grunde, das in der grenzenlosen Betonung der Freiheit eines Rechtssubjekts die Rechte aller Anderen ausblendet. Die Vorstellung einer absoluten schrankenlosen Freiheit widerspricht jedoch schon dem klassischen Freiheitsverständnis und ist erst recht nicht geeignet, ein aktualisiertes an der Grundrechtsverwirklichung ausgerichtetes Freiheitsverständnis zu prägen. Daß die Freiheit des Einzelnen mit der Freiheit aller anderen zusammenbestehen möge, (5) dürfte spätestens unter der Herrschaft des GG (6)

- (1) so Löw Menschwürde S. 13; Böckenförde Freiheit in der sozialen Demokratie S. 13 f.; vgl. dazu auch Erichsen Staatsrecht I S. 57
- (2) Dahm Dt. Recht S. 286
- (3) Achterberg JZ 1975, 717
- (4) Erichsen Staatsrecht I S. 57; auch Blaesing S. 66 f. sieht durch die Grundrechte einen fühlbaren Zugewinn an Freiheit gewährleistet.
- (5) Bethge S. 256 ff; Grosser FS f. Scupin S. 107; Dürig Summum ius S. 83; Nipperdey Die Grundrechte IV/2, S. 781; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 3 I Rdn.3; Blaesing S. 23; siehe auch Dürig FS f. Nawiascky S. 173 f: "Das GG denkt also die Grundrechte von vornherein vermindert um die den anderen gegenüber bestehenden subjektiven privaten Rechte."
- (6) nach BVerfGE 30, 193 sind auch vorbehaltlose Grundrechte nicht schrankenlos gewährleistet; siehe auch Fr. Müller Positivität der Grundrechte S. 41, 55; Bethge S. 263; Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 116



selbstverständlich sein. Weiter setzt die Behauptung, Grundrechtskollisionen führten zu einer Selbstnegation der Freiheit, einen statischen Freiheitsbereich, der gleichsam mathematisch durch Subtraktion durch die Rechte anderer verringert wird, voraus und übersieht dabei völlig die freiheitsschaffende Funktion des Staates,<sup>(1)</sup> so daß unter diesen Aspekten die scheinbaren Gefahren für die Freiheit sich eher als Tendenzen zur Verwirklichung von Freiheit erweisen. Banal, aber angesichts solcher am falschen Platz sich um die Freiheit sorgender Stellungnahmen wie der von Dahm (2) und Löw (3) gleichwohl notwendig ist der Hinweis darauf, daß schließlich auch im - hier einmal aus Gründen der Plastizität der Argumentation grundrechtsfrei gedachten - Privatrecht die Tatsache, daß alle Rechte des BGB - insbesondere die deliktischen Ansprüche aus §§ 823, 826 sowie der Anspruch aus § 1004 BGB - allen Rechtsgenossen grundsätzlich gleichermaßen zustehen, (4) keinesfalls zu einer Aufhebung der privatrechtlichen Freiheiten führt. Verfassungsrechtlich normativ abgesichert ist die Begrenzung der Rechte des einzelnen durch die Rechte anderer schließlich in Art. 2 I GG. In der Staatsrichtung kann von Grundrechten kein Gebrauch gemacht werden, soweit subjektive öffentliche Rechte, z. B. Grundrechte, oder subjektive private Rechte anderer verletzt werden. (5)

Damit ist festgestellt, daß sowohl in der Staatsrichtung als auch in der etwaigen Drittrichtung die Berücksichtigung der Rechte anderer die Freiheit nicht negiert, sondern erst konstituiert. Die Bedenken gegen die Möglichkeit unmittelbarer Grundrechtskollisionen in der Drittrichtung erweisen sich somit als normativ nicht fundierte und von einem verfehlten Freiheitsverständnis ausgehende Verkennungen der Bedeutung der Rechte anderer. Die Möglichkeit von Grundrechtskollisionen steht einer unmittelbaren Drittwirkung daher nicht entgegen.

(1) vgl. auch Bethge S. 383; Häberle VVDStRL 30 (1972), 43 ff., 59

(2) Dahm Dt. Recht S. 296

(3) Löw Menschenwürde S. 13

(4) dies ergibt sich auch aus Art. 3 I GG; siehe Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Rdn. 1,8; von Mangoldt-Klein GG Art. 3 Anm. III 1); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 3 I Rdn. 18, 52, 53, 54; Kloepfer Gleichheit als Verfassungsfrage S. 25; siehe auch Schaumann JZ 1966, 721

(5) von Münch-Niemöhlmann GG Art. 2 Rdn. 20; Nipperdey Die Grundrechte IV/2 S. 781, 787; von Mangoldt-Klein GG Art. 2 Anm. IV 1) a)

bb) Bedenken aus dem Gleichheitssatz

Bedenken gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte und damit implizit aller Grundrechte wurden aus Art. 3 I GG abgeleitet. Nach Stein, (1) Hesse (2) und Dürig (3) spricht eine unmittelbare Anwendung von Art. 3 I GG gegen unmittelbare Drittwirkung, da im Privatrecht das freie Belieben vorherrsche und eine absolute Geltung von Art. 3 I GG dem Zivilrecht Fesseln anlegen würde. Gegen eine unmittelbare Drittwirkung von Art. 3 I haben sich weiter Gubelt, (4) Klein, (5) Salzwedel, (6) Rinck, (7) Schumann, (8) Schwabe (9) und Bydlinski (10) ausgesprochen. Die unmittelbare Drittwirkung des Art. 3 bejahen Leisner (11) und für den Bereich des Erbrechts und der Testierfreiheit Boehmer (12). Für die Anwendbarkeit von Art. 12 GG in Privatrechtsverhältnissen ist dabei in diesem Zusammenhang entscheidend, inwiefern die Ablehnung einer Drittwirkung des Art. 3 GG zu einer Ablehnung der Drittwirkung von Freiheitsrechten und damit auch des Art. 12 GG führt und sich so als Argument gegen eine Drittwirkung überhaupt gebrauchen läßt. Der Unterschied zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten führt bereits dazu, daß sich die unterschiedlose Frage nach "der" Drittwirkung sämtlicher Grundrechte nicht stellt.

Auch die Verneinung einer unmittelbaren Drittwirkung des Art. 3 I GG führt nicht automatisch dazu, daß eine Drittwirkung anderer Grundrechte gerade wegen der Unanwendbarkeit von Art. 3 I GG im Privatrecht ausgeschlossen wäre.

- (1) Stein § 24 II 2)
- (2) Hesse § 11 II
- (3) Dürig FS f. Nawiaskey S. 160, 162; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 3 I Rdn. 509 f)
- (4) von Münch-Gubelt GG Art. 3 Rdn. 2)
- (5) von Mangoldt-Klein GG Art. 3 Anm. III 5)
- (6) Salzwedel FS f. Jahrreiss S. 347 f.)
- (7) Rinck JöR 10 (1961), 273)
- (8) Schumann Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde S. 218
- (9) Schwabe S. 149 ff)
- (10) Bydlinski ÖZöR XII, 449 ff.)
- (11) Leisner S. 359, 385
- (12) Boehmer Die Grundrechte II S. 422

Paradigmatisches Beispiel für die Kurzschlüsse, die bei der Argumentation mit Art. 3 GG für die Drittwirkungsproblematik entstehen können, ist die Äußerung von Stein, (1) der einzelne dürfe seine Freunde gegenüber anderen bevorzugen oder bei der Auswahl seines Ehepartners willkürlich vorgehen, was dem Staate durch Art. 3 GG verwehrt sei. Bei derartiger Prätention, das Wesen und die Besonderheit privatrechtlichen Handelns zu erkunden, verliert Stein völlig aus dem Blick, daß der Staat weder Freunde noch - was gänzlich absurd wäre - Ehepartner hat, weshalb sich das von Stein angeführte Beispiel vollends im Irrealen bewegt. (2) Auf der anderen Seite kommt Boehmer (3) auf Grund der von ihm angenommenen Drittwirkung des Art. 3 III GG zur Nichtigkeit testamentarischer Bestimmungen, in denen jemand wegen des Geschlechts, der Abstammung, (4) des Glaubens oder der religiösen oder politischen Anschauungen bevorzugt oder benachteiligt wird, und übersieht dabei, daß auf testamentarische Zuwendungen niemand einen Anspruch noch gar ein Anwartschaftsrecht hat, daß es sich um Begünstigungen und nicht um rechtlich relevante Rechtsverletzungen handelt und daß für die Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge durch Testament immer irgendwelche meist persönliche Gründe maßgeblich sind, wobei selbstverständlich sein sollte, daß etwas Ähnliches wie die Testierfreiheit oder auch das Recht, Schenkungen vorzunehmen, dem Staate nicht oder doch nur in erheblich anderer Form zustehen kann. (5)

(1) Stein § 24 II 2

(2) Erinuert sei hier an die resignativ-sarkastische Bemerkung von Bethge S. 387 f., es gäbe zum Thema Drittwirkung "wohl kaum etwas, das nicht schon in irgendeiner Nuance auf dem Meinungsmarkt angeboten und abgelehnt worden wäre."

(3) Boehmer Die Grundrechte II S. 422

(4) die ja gerade, was Boehmer, Die Grundrechte II S. 422 übersieht, der Anknüpfungspunkt für das gesetzliche Erbrecht ist

(5) Die Kritik von Dürig FS f. Nawiasky S. 160 an der Auffassung Boehner's ist daher durchaus zutreffend. Das von Dürig angeführte Beispiel einer testamentarischen Enterbung einer Tochter für den Fall ihrer Verheiratung mit einem Juden kann, da hier eine unmittelbare Anwendung des Art. 3 III GG nicht in Betracht kommt, durchaus, wie Dürig zutreffend vorschlägt, mit § 138 BGB gelöst werden. Gerade hier, bei Fällen des Art. 3 GG dürfte der Anwendungsbereich von Dürig's Drittwirkungstheorie liegen. Die werthafte Sinnerfüllung des Begriffs der guten Sitten dürfte jedoch im angeführten Beispiel weniger aus der Verfassung als vielmehr aus den Erfahrungen der Bevölkerung mit der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft resultieren, die dazu geführt haben, daß auch ohne entsprechende ausdrückliche gesetzgeberische Normierung die Diskriminierung und Ächtung von Juden als in besonderem Maße gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden betrachtet werden.

In welche Schwierigkeiten der Gleichheitssatz Schwabe bringt, zeigen seine Ausführungen (1) zur Drittwirkung des Art. 3 GG. Bei Art. 3 GG sei kein staatlicher Zwang zur Durchsetzung der Ungleichheit vorhanden. Dadurch, daß der Staat die willkürliche Verwendung von Rechtsformen in Kauf nehme, (2) sei er noch nicht selbst an der Willkür beteiligt. Diese Ausführungen Schwabe's widersprechen diametral seiner Ausgangsthese, daß Grundrechtsbeschränkungen wegen Art. 1 III GG stets vom Staat ausgehen. (3) Schwabe übersieht, daß auch gleichheitswidrige Verträge - zumindest in irgendeiner Form - vom Staat durchgesetzt werden müssen und der Staat bei der Rechtssetzung nach unbestrittener Meinung (4) an Art. 3 I GG - jedenfalls im Sinne eines Willkürverbots - gebunden ist. Auch hier erweist sich, daß die Anknüpfung an staatliche Sanktionen nur zur Verschleierung des Drittwirkungsproblems beiträgt. Ein Widerspruch zu Schwabe's sonstiger Behandlung der Drittwirkung liegt auch in seiner These, daß der Drittwirkung von Art. 3 GG die Vertragsfreiheit entgegenstehe, (5) obwohl er an anderer Stelle (6) ausführt, daß Vertragsfreiheit und Individualautonomie keine Besonderheiten des Privatrechts seien, sondern auch im öffentlichen Recht anzutreffen seien. (7) Insgesamt erweist sich so die Argumentation mit Art. 3 GG als untauglich zur Ablehnung einer Drittwirkung.

Vielmehr sollten folgende Besonderheiten des Art. 3 GG im Bereich des Privatrechts festgehalten werden. Zunächst betrifft auch das Gleichheitsgebot nur rechtlich relevantes Handeln und damit nur Handlungen, die zu einer Rechtsverletzung führen können, und keineswegs bloße Gefälligkeiten, Gefälligkeitsverhältnisse und den allgemeinen gesell-

(1) Schwabe S. 149 ff.

(2) Schwabe S. 150; gemeint ist wohl, daß der Staat Rechtsnormen gesetzt hat, die ausdrücklich Willkür ermöglichen.

(3) Vgl. auch die zutreffende Kritik an Schwabe S. 149 ff. bei Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 3 I Rdn. 506

(4) BVerfGE 1, 14; 4, 155; 11, 287; 45, 104; 47, 115; von Mangoldt-Klein GG Art. 3 Anm. III 2); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 3 I Rdn. 292; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 3 Rdn. 8, 13, 14; Maunz § 16 I; Erichsen Staatsrecht I S. 72; Kloepfer Gleichheit als Verfassungsfrage S. 29, 31

(5) Schwabe S. 150 f.

(6) Schwabe S. 78 ff.

(7) vgl. auch die Kritik bei Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 3 I Rdn. 506

schaftlichen Kontakt und Umgang. (1) Weiter ist festzustellen, daß die Grundrechte in der Dritttrichtung nur Belastungen abwehren können und sollen und keinesfalls in Ansprüche auf Begünstigung umgepolt werden können. Begünstigungen bedürfen eines Anspruchs, den Art. 3 jedenfalls in der Dritttrichtung nicht gibt. (2) Schließlich liegt gerade in der Zuerkennung gleicher Freiheitsrechte für alle eine Ausformung des Art. 3 GG. Gerade daß in der Dritttrichtung jeder gleiche Freiheitsgrundrechte geltend machen kann, (3) tut Art. 3 I GG genüge. Die Begrenzung der Grundrechte durch die Rechte anderer (Art. 2 I GG) ist daher erst aus dem Gleichheitssatz heraus erklärbar. (4)

#### cc) Aufhebung der Privatautonomie

Als gravierender Einwand gegen eine unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten wurde die Bedeutung der Privatautonomie für das Zivilrecht angeführt. Dabei ist unter Privatautonomie das allgemeine Rechtsprinzip zu verstehen, frei und eigenverantwortlich rechtlich zu handeln und dem eigenen Individualwillen Geltung zu verschaffen. Es handelt sich dabei lediglich um die Zuerkennung einer Handlungsfähigkeit, also um ein allgemeines Rechtsprinzip. (5)

- (1) Deswegen scheidet bereits eine Anwendung von Art. 3 GG auf die Bevorzugung von Freunden und die Wahl eines Ehepartners - vgl. das Beispiel von Stein § 24 II 2 - aus. Auch die aus christlicher Ethik praktizierte Nächstenliebe stellt lediglich eine Form des gesellschaftlichen Umgangs der Menschen miteinander und kein rechtlich relevantes Handeln dar. Nur dies ist der Grund, warum von Dürig FS f. Nawiasky S. 162 als Widerlegung der Drittwirkung angeführte Handeln nach dem Satz "Lasset uns allen Gutes tun, allermeist aber an des Glaubens Genossen" nicht an dem Gleichheitsgrundsatz zu messen ist.
- (2) Zur gleichgelagerten Problematik in der Staatsrichtung vgl. Kloepfer S. 37 ff.; Nach Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 3 I Rdn. 519 können aus Art. 3 I im Privatrecht Ansprüche auf Teilhabe an Vergünstigungen ausnahmsweise anerkannt werden. Vgl. auch Salzwedel FS f. Jahrreiss S. 348 zum privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz siehe Bleckmann S. 151 f.; zur unmittelbaren Drittwirkung des Art. 3 II GG vgl. auch BAG DB 1979, 553
- (3) wodurch es dann zu Grundrechtskollisionen kommen kann, siehe oben § 7 3) b) aa)
- (4) Kloepfer Gleichheit als Verfassungsfrage S. 48
- (5) siehe Palandt-Heinrichs BGB § 104 Anm. 1 a); Forsthoff S. 480

Die Vertragsfreiheit ist demgegenüber das subjektive öffentliche (1) oder private - siehe § 305 BGB - (2) Recht auf Vertragsschluß gemäß dem individuellen Willen. (3) Daß eine unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten gegen die Privatautonomie verstößt, wird in der Lit. mit Nachdruck vertreten. (4) Das Ende der Privatautonomie wird beschworen, (5) eine Knebelung des Vertragsverkehrs wird befürchtet, (6) die Privatautonomie und damit das ganze Privatrechtssystem selbst werde an der Wurzel getroffen. (7)

In diesen Äußerungen kommt die Vorstellung zum Ausdruck, es handele sich bei der Privatautonomie um ein vorgegebenes Prinzip. Gegen die Auffassung, die Drittwirkung von Grundrechten sei wegen der Privatautonomie abzulehnen, haben sich ausdrücklich Achterberg (8) und Leisner (9) gewandt. (10) Achterberg (11) wendet gegen die Argumentation mit der Privatautonomie ein, daß auch die Anwendbarkeit der Privatautonomie und der daraus folgenden Vertragsfreiheit im Privatrecht erst in Frage stehe.

- (1) BVerfGE 8, 328; 12, 347; Schmidt-Bleibtreut-Klein GG Art. 2 Rdn. 14; Laufke FS f. Lehmann S. 162
- (2) vgl. auch Palandt-Heinrichs BGB vor § 104 Anm. 1 a), vor § 145 Anm. 3 a)
- (3) Verschiedentlich, so bei Achterberg JZ 1975, 717 wird zwischen der objektivrechtlichen und der subjektivrechtlichen Seite nicht unterschieden; subjektivrechtliche Ausprägungen der Privatautonomie sind nicht nur die Vertragsfreiheit, sondern auch die Testierfreiheit, die Vereinigungsfreiheit und die Freiheit des Eigentums, Palandt-Heinrichs BGB vor § 104 Anm. 1 a)
- (4) so Maunz-Dürig-Herzog Scholz GG Art. 1 Rdn. 129; Hesse § 11 II; Blaesing S. 67 ff.; Reimers S. 15; Emmerich S. 129 ff., Göhner DVB1 1980, 1035; Galperin JZ 1957, 107
- (5) von Emmerich S. 129 ff.; Göhner DVB1 1980, 1035
- (6) von Galperin JZ 1956, 107
- (7) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 129
- (8) Achterberg JZ 1975, 717
- (9) Leisner S. 318 ff., 323
- (10) Daß die Privatautonomie einer Drittwirkung nicht entgegenstehe, nimmt auch Ramm Die Freiheit der Willensbildung S. 54 f. an, der zwischen Privatautonomie und Vertragsfreiheit unterscheidet und die Vertragsfreiheit materiell einschränkt, so daß eine Drittwirkung nicht gehindert wird.
- (11) Achterberg JZ 1975, 717

Wenn der Gedanke der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit bedeutet, daß der Staat sich Eingriffen in die privatrechtliche Vertragsgestaltung enthalten müsse, so werde, indem die Privatautonomie gegen die Drittwirkung ausgespielt werde, zur Prämisse erhoben, was gerade widerlegt werden soll. (1) Dürig (2), Blaesing (3) und Heinrichs (4) leiten die Privatautonomie als Ausdruck des Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen aus Art. 1, 2 I GG ab. Je mehr die Grundrechtsbedeutung der Privatautonomie hervorgehoben wird, desto mehr führt dies zu zwei Konsequenzen. Wenn die Drittwirkung das Ende der Privatautonomie bedeutet und dieselbe an der Wurzel trifft (5) und gleichzeitig die Privatautonomie durch Art. 1 und 2 I GG geschützt ist, (6) so würde, je mehr man die Beziehung zwischen Art. 1, 2 I GG und dem Prinzip der Privatautonomie betont, sich die unmittelbare Drittwirkung als Verfassungs- und Menschenrechtsverletzung darstellen. Die Drittwirkung des Art. 2 I GG würde gerade gegen Art. 2 I GG verstoßen; die hierin liegende Antinomie des Verstoßes einer Norm gegen sich selbst aufzulösen, möge denjenigen überlassen bleiben, die Art. 1 I, 2 I GG gegen die Drittwirkung bemühen. Überraschen muß weiter, daß die Konsequenz, die Drittwirkung verstoße gegen die Privatautonomie und damit gegen Art. 1, 2 I GG, bei der mittelbaren Drittwirkung nicht gezogen wird, obwohl auch dort zur Feststellung der Sittenwidrigkeit und damit der Nichtigkeit (§ 138 BGB) bzw. des Schadenersatzes (§ 826 BGB) die Grundrechte herangezogen werden und zur autonomiewidrigen Nichtigkeit von Verträgen oder Rechtswidrigkeit von Handlungen führen können.

(1) Achterberg JZ 1975, 717

(2) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Rdn. 130

(3) Blaesing S. 69, der mit dieser Feststellung die Konsequenz verbindet, daß die Privatautonomie, da vom GG vorgeschrieben, kein axiomatischer Wert ist

(4) Palandt-Heinrichs BGB vor § 104 Anm. 1 a)

(5) so Emmerich S. 129 ff.; Göhner DVBl 1980, 1035; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 129

(6) so besonders deutlich Blaesing S. 69, der in der Drittwirkung die Beseitigung der Privatautonomie und deshalb einen Verstoß gegen Art. 1 I GG i. V. m. Art. 2 I GG sieht; außerdem Palandt-Heinrichs BGB vor § 104 Anm. 1 a); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 130



Die zweite Konsequenz ist, daß mit der Grundrechtsqualität - wenn auch nur im Sinne einer objektiv-rechtlichen Norm - der Privatautonomie gleichzeitig auch die Anwendung der Privatautonomie im Privatrecht begründet werden müßte. Je mehr der Akzent zur verfassungsmäßigen Absicherung der Privatautonomie verschoben wird, desto weniger kann mit ihr der Drittwirkung begegnet werden. (1) Zu beachten ist jedoch, daß die Privatautonomie auch ein Prinzip des Privatrechts ist. Insofern bedürfte sie zwar keiner Drittwirkung, wohl aber einer Konkretisierung und Einschränkung. (2) Damit wäre sie gleichzeitig gegenüber der Verfassung und damit auch gegenüber den Grundrechten unterrangiges Rechtsprinzip, also an den Grundrechten zu messen und nicht umgekehrt. (3) Es ergibt sich somit das Paradoxon, daß, je stärker die verfassungsrechtliche Stellung der Privatautonomie betont wird, umso eher eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte anzunehmen wäre.

Die Beschränkung der Privatautonomie geht unausgesprochen von zwei Annahmen aus, die methodisch wenig reflektiert sind und so die Argumentation belasten. Die erste zu einer Verengung des Blickwinkels führende Annahme ist die, daß sich die Grundrechtsreklamation in privatrechtlichen Rechtsbeziehungen gegen die Privatautonomie des anderen richtet. Hier Grundrechte, dort Privatautonomie heißt die Frontstellung. Auf den Gedanken, daß auch der eine Verletzung seiner Grundrechte befürchtende Berufsfußballspieler (wie jeder, der eine Grundrechtsverletzung behauptet) sich auf die Privatautonomie berufen könnte, ist noch niemand verfallen. Die Privatautonomie als Möglichkeit des eigenverantwortlichen rechtlichen Handelns ist Selbstbestimmung (4) ist gleichermassen auch dem Berufsfußballspieler zuzugestehen.

(1) siehe Achterberg JZ 1975, 717

(2) so hält Palandt-Heinrichs BGB vor § 104 Anm. 1 a) es für eine der vornehmsten Aufgaben von Gesetzgebung und Rspr., Mißbräuchen der Privatautonomie zu begegnen

(3) vgl. auch Göldner Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm S. 30 ff.)

(4) siehe Palandt-Heinrichs BGB vor § 104 Anm. 1 a); Forsthoff S. 480

Dabei erweist sich die Ablöseregelung durch den DFB gerade als Regelungswerk, das darauf gerichtet ist, die Selbstbestimmung des Spielers beim Vereinswechsel zu beschränken. Indem die Privatautonomie von vornherein nur für den Grundrechtsgegner ins Feld geführt wird, wird der Eindruck erweckt, daß dessen Autonomie vorrangig ist, gewährleisten doch die Grundrechte Möglichkeiten der Selbstbestimmung und sind so auch, wenn auch nur indirekt und unpräzise, Ausdruck von Autonomie.

Die zweite Annahme ist, daß die Privatautonomie etwas Originäres ist, das vor der Überfremdung (1), durch das Verfassungsrecht zu schützen ist. Die Eigenständigkeit des Privatrechts und die autonome Entscheidung über das Ob und Wie des Gebrauchsmachens von Freiheit seien zu bewahren. (2) Gegenüber einem unausgesprochenen Vorverständnis, die Privatautonomie sei originärer Natur, ist festzustellen, daß es die Verfassung ist, die gesellschaftliche wie rechtliche Autonomiebereiche erst konstituiert und konkretisiert. Dabei geht es weniger um die Ableitung der Privatautonomie aus bestimmten Grundrechtsbestimmungen, (3) sondern um die Kontingenz des strukturierten Autonomiebereichs mit der Verfassung selbst. Die Verfassung selbst ist es, die die Bedingungen der Kompatibilität der verschiedenen Teilsysteme der Gesellschaft, die sich als autonome Bereiche konstituiert haben, schafft. (4) Sie regelt die Bedingungen der Eigenständigkeit gesellschaftlicher Subsysteme. (5) Somit ist auch das autonome Subsystem des Privatrechts kein Fremdkörper für die Verfassung oder gar außerhalb der Verfassung.

(1) Formulierung bei Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 127

(2) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 129; Dürig FS f. Nawiasky S. 164, Blaesing S. 68; Galperin JZ 1956, 107

(3) siehe dazu Palandt-Heinrichs BGB vor § 104 Anm. 1a); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 130; grundsätzlich zutreffend Blaesing S. 69, der betont, daß die Privatautonomie kein axiomatischer Wert ist, sondern vom GG selbst vorgeschrieben wird.

(4) N. Luhmann Der Staat 1973, 165

(5) N. Luhmann Der Staat 1973, 165

Regelt die Verfassung somit die Bedingungen der Autonomie privatrechtlicher Gestaltung, so kann umgekehrt diese Autonomie nicht gegen die Grundrechtsgeltung im Privatrecht und damit auch gegen die Verfassung selbst ins Feld geführt werden. Ist die Privatautonomie ein durch die Verfassung konstituierter Autonomiebereich, so ist das Privatrecht am Verfassungsrecht zu messen und nicht umgekehrt, so kann auch die Problematik der Drittwirkung nur aus der Verfassung heraus beantwortet werden und kann daher das Bestehen einer Privatautonomie nicht gegen eine Drittwirkung von Grundrechten sprechen. Da sich aus der Privatautonomie umgekehrt auch nicht die Drittwirkung von Grundrechten positiv begründen läßt, ergibt sich angesichts der bei den Versuchen, die Drittwirkung mit dem Hinweis auf die Privatautonomie zu widerlegen, aufgetretenen Paradoxa, Widersprüche und Antinomien das frappante, aber nichts weniger als Widersprüche vermeidende Ergebnis, daß mit der Privatautonomie, was die Drittwirkung von Grundrechten angeht, weder in bejahender noch in verneinender Hinsicht, mithin überhaupt nicht argumentiert werden kann. Daß das Prinzip der Privatautonomie für die Drittwirkungsfrage nichts her gibt, folgt gerade aus seiner Unbestimmtheit. (1)

- (1) Paradoxerweise gibt es auch für die mittelbare Drittwirkung nichts her. Nach Dürig FS f. Nawiasky S. 164, 174 und Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 129 hindert die Privatautonomie zwar eine unmittelbare Drittwirkung, nicht jedoch eine Drittwirkung über wertausfüllungsbedürftige und wertausfüllungsfähige Generalklauseln. Warum jedoch die Beteiligten in Wahrnehmung ihrer Autonomie sich nicht über Werte und objektive Ordnungsgrundsätze hinwegsetzen können, wird nicht dargelegt. Wer der Privatautonomie einen derart hohen Stellenwert zumißt, wie Dürig es tut, darf das Problem privatautonomer Gestaltung von Werten nicht unterschlagen. Gerade im Berufsfußball drängt sich der Verdacht auf, daß die vertraglichen Regelungen Ausdruck partikulärer Wertentscheidungen sind; vgl. Fritz Werner S. 14 f.)

dd) Einschränkung der Vertragsfreiheit

Ähnliches gilt für das von Vertretern der mittelbaren Drittwirkung (1) gegen die unmittelbare Drittwirkung vorgebrachte Argument, die Vertragsfreiheit werde eingeschränkt. Die gleichen kritischen Einwände, die sich gegen die Argumentation mit der Privatautonomie richteten, sind auch gegenüber der Argumentation mit der Vertragsfreiheit anzubringen. (2) Hinzu kommen noch weitere Aspekte. Unterschiedlich sind bereits die Auffassungen, ob die Vertragsfreiheit aus § 305 BGB (3) oder aus Art. 2 I GG abgeleitet werden soll. Daß die Vertragsfreiheit mehrheitlich aus Art. 2 I GG abgeleitet wird, (4) veranlaßt Samstag (5) zu der Frage, ob die Vertragsfreiheit Drittwirkung äußere. Dabei ist, wie Schwabe (6) nachgewiesen hat, die Vertragsfreiheit nicht spezifisch privatrechtlicher Natur, sondern auch im öffentlichen Recht anzutreffen. (7) Auch im öffentlichen Recht gibt es Kooperation und freiwillige Unterwerfung. Neben dem Verwaltungsakt auf Unterwerfung (8) ist hier vor allem der öffentlichrechtliche Vertrag die geeignete Rechtsform zur individuellen Gestaltung auf der Basis gleichrangiger Partnerschaft. (9)

- (1) Dürig FS f. Nawiasky S. 168; von Münch-Niemöhlmann GG Art. 2 Rdn. 14; Reimers S. 15
- (2) Die Vertragsfreiheit halten mit der Drittwirkung für vereinbar Leisner S. 326 ff, 330; Achterberg JZ 1975, 717 und Ramm Die Freiheit der Willensbildung S. 55
- (3) so Preis S. 39
- (4) so Laufke FS f. Lehmann S. 162; Nipperdey Die Grundrechte IV/2 S. 886 f.; BVerfGE 8, 328; Palandt-Heinrichs vor § 145 Anm. 3 a); Herschel Die Grundrechte III/1 S. 356; BAG NJW 1962, 1981 Niethammer DVB1 1980, 906; für eine Ableitung aus Art. 12, 14 GG Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 10 f.; ders., NJW 1969, 1044 f.; Rübner Der Staat 1968, 51; Hamel Die Bedeutung der Grundrechte S. 35
- (5) Samstag S. 56 ff.
- (6) Schwabe S. 75 ff.
- (7) Der Sprachgebrauch ist unterschiedlich. Schwabe S. 78 und Wolff AöR 76 (1950), 208 sprechen von der Privatautonomie im öffentlichen Recht, während Imboden Der verwaltungsrechtliche Vertrag S. 125 f. die Privatautonomie im Bereich öffentlich-rechtlicher Verträge für verdrängt ansieht; wiederum anders BVerfGE 14, 27, wo von Privatautonomie im öffentlichen Recht und Vertragsfreiheit im Privatrecht die Rede ist.
- (8) siehe dazu Wolff-Bachof I § 48 III
- (9) Wolff-Bachof I § 44 II

Auch beim öffentlichrechtlichen Vertrag folgen die Einschränkungen der Gestaltungsmöglichkeit nicht aus der Ablehnung oder Einschränkung der Vertragsfreiheit, (1) sondern sind aus dem Gesetzmäßigkeitsprinzip zu entnehmen. (2) In diesem Rahmen werden auch die Grundrechte berücksichtigt. (3) Die Berücksichtigung von Grundrechten und die Vertragsfreiheit sind daher, wie das Beispiel des öffentlichrechtlichen Vertrages zeigt, durchaus vereinbar. Die Vertragsfreiheit gegen Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverkehr anzuführen, beruht auf der falschen Antithese, im öffentlichen Recht sei stets einseitiger Zwang, im Privatrecht sei dagegen stets Vertragsfreiheit anzutreffen. (4) Daher kann auch wegen der Möglichkeit der Berücksichtigung von Grundrechten im Rahmen öffentlichrechtlicher Verträge die Vertragsfreiheit nicht gegen eine Drittwirkung von Grundrechten angeführt werden. Zudem ist es gerade Inhalt der vom DFB aufgestellten Ablöseregelung, daß die Freiheit des Spielers, zu einem anderen Verein zu wechseln und mit jenem einen Vertrag zu schließen, eingeschränkt wird. K. H. Schmidt (5) sieht darin einen Verstoß gegen die in Art. 2 I GG garantierte Vertragsfreiheit. Mit der Vertragsfreiheit kann daher gegen eine Drittwirkung nicht argumentiert werden, will man sich nicht in Widersprüche verwickeln. Weder der Grundsatz der Privatautonomie noch das Grundrecht der Vertragsfreiheit stehen daher der Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung entgegen.

- (1) a. A. aber Bullinger Vertrag u. Verwaltungsakt S. 255, der den öffentlichrechtlichen Vertrag gerade deshalb ablehnt, weil die damit verbundene Vertragsfreiheit den Grundsätzen des öffentlichen Rechts widerspreche. Diese Auffassung hat Bullinger inzwischen wieder aufgegeben, Gedächtnisschrift f. Peters S. 667
- (2) Bosse S. 40; Kopp VwVfG § 54 Rdn. 17; Meyer-Borgs VwVfG § 48 Rdn. 19; Götz DÖV 1973, 298; Bleckmann VerwArch 63 (1972) 404
- (3) siehe Meyer-Borgs VwVfG § 48 Rdn. 19; Bleckmann VerwArch 63 (1972), 434
- (4) Schwabe S. 78
- (5) K. H. Schmidt RdA 1972, 92

ee) Drittwirkung als Verletzung der Menschenwürde

Daß eine unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten gegen die Menschenwürde (Art. 1 III GG) verstößt, nimmt Blaesing (1) an. Er geht dabei von der u. a. von Dürig (2) vertretenen Ableitung der Privatautonomie aus Art. 1 2 I GG aus, geht aber über diese Feststellung hinaus, indem er in der Verkürzung der Privatautonomie durch Grundrechtsdrittwirkung einen direkten Verstoß gegen Art. 1 III GG sieht. Blaesing hält es für einen Verstoß gegen Art. 1 III GG, wenn auf Grund unmittelbarer Drittwirkung ein Verzicht auf der Menschenwürde zuzurechnende Rechtspositionen unmöglich wird. Gegen diese Argumentation könnte ohne weiteres eingewandt werden, daß sie nicht als eine pointiertere Variante der Auffassung, die Drittwirkung verstieße gegen die Privatautonomie, darstellt, wobei besonders hier die Kritik Achterberg's, (3) daß eine Drittwirkung des Art. 1 III vorausgesetzt wird, so daß zur Prämisse erhoben wird, was widerlegt werden soll berechtigt ist, (4) wäre es nicht angesichts der konkreten Situation der Berufsfußballspieler makaber, in der Geltendmachung ihrer Grundrechte gegenüber dem DFB eine Verletzung ihrer eigenen Menschenwürde zu sehen. Daß nach Blaesing (5) derjenige, der eine Verletzung seiner Menschenwürde einklagt, dadurch seine eigene Menschenwürde verletzen soll, markiert einen Punkt äußerster Verwirrung, der durch den Gebrauch untauglicher Argumentationsmuster hervorgerufen wird. Bei dem von Blaesing (6) eingeschlagenen Weg verliert sich der Gehalt der Menschenwürde vollends im Beliebigen, eine Vernichtung der Menschenwürde im Namen der Menschenwürde (7) erschiene möglich.

(1) Blaesing S. 72

(2) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 130; so auch Palandt-Heinrichs BGB vor § 104 Anm. 1 a)

(3) Achterberg JZ 1975, 717

(4) daß Blaesing, S. 71 f., dieses Problem sieht und ausführlich eine Drittwirkung des Art. 1 III GG begründet, ändert nichts an der Widersprüchlichkeit seines Verfahrens, mit der Drittwirkung eines Grundrechts die Drittwirkung aller übrigen Grundrechte zu widerlegen.

(5) Blaesing S. 71 f.)

(6) Blaesing S. 71 f.)

(7) das Argument von Dahm, Dt.Recht S. 296, die Drittwirkung bedeute die Vernichtung der Freiheit im Namen der Freiheit, kann so umgepolzt werden - ein weiteres Beispiel für die Beliebigkeit einer solchen Argumentation.

Diese Widersprüche und Beliebigkeiten zeigen, daß die Drittwirkung auch nicht gegen Art. 1 III GG verstößt. Die von den Vertretern mittelbarer Drittwirkung gegen die unmittelbare Drittwirkung vorgebrachten Argumente haben sich damit sämtlich als nicht durchschlagend erwiesen. Was die Privatautonomie, die Vertragsfreiheit und die Menschenwürde betrifft, fehlt ihnen sogar der Argumentationswert.

c) Methodische und normative Unschärfen des Weges über die Generalklauseln.

Gegen die Theorie der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte über die zivilrechtlichen Generalklauseln kommen noch verschiedene methodische Einwände in Betracht. Der Weg über die Generalklauseln könnte methodische und normative Unschärfen produzieren.

aa) Die doppelte Verwandlung der Grundrechte

Gamillscheg (1) hat gegen die Verwendung von zivilrechtlichen Generalklauseln für die Grundrechtswirkung eingewandt, daß dadurch das klare grundrechtliche Gebot zunächst in eine Generalklausel - etwa in das Verbot sittenwidrigen Handelns nach § 138 BGB - umgewandelt wird, um anschließend seinen Gehalt wiederum aus dem Grundrecht zurückzuerhalten. (2) Diese doppelte Verwandlung des Normgehalts des Grundrechts stellt nach Gamillscheg (3) einen Umweg dar, der nicht nur unnütz, sondern auch schädlich ist. Ebenso hält Eckhold-Schmidt (4) einen Rekurs auf Generalklauseln für nicht notwendig, da die normativen Anknüpfungspunkte für die Wertung ohnehin bei dem betr. Grundrecht liegen und die Generalklauseln selbst kein normatives Eigengewicht hätten.

(1) Gamillscheg AcP 164 (1964), 421 f.)

(2) ebenso argumentieren Leisner S. 316; Mallmann JZ 1951, 27

(3) Gamillscheg AcP 164 (1964), 422

(4) Eckhold-Schmidt S. 76



Eckhold-Schmidt (1) spricht daher der zusätzlichen Verwendung zivilrechtlicher Generalklauseln Erkenntnis- und Legitimationswert ab. Es ist daher der direkte und deshalb methodisch exaktere Weg, sogleich den Norminhalt der Grundrechte heranzuziehen, statt die zivilrechtlichen Generalklauseln zu bemühen, die ohnehin ihren spezifisch grundrechtlichen Gehalt nur aus den Grundrechten selbst gewinnen. Daß bei dem Umweg über die Generalklauseln der spezifische normative Gehalt der Grundrechte u. U. nicht ausreichend berücksichtigt oder gar verfehlt werden kann, liegt daran, daß bei der mittelbaren Drittwirkung gar nicht die Grundrechte selbst, sondern die Generalklauseln ausgelegt werden, wobei letztere lediglich durch die Grundrechte ausgefüllt und geschärft werden. (2)

bb) Der Zirkelschluß der Sittenwidrigkeit

Gegen die mittelbare Drittwirkung über § 138 BGB hat Leisner (3) eingewandt, daß von den Grundrechten gemäß Art. 2 I GG nicht in sittenwidriger Weise Gebrauch gemacht werden darf. Daß nun der Begriff der Sittenwidrigkeit, der in § 138 BGB und Art. 2 I GG den selben Inhalt habe, wiederum durch die Grundrechte bestimmt werde, ergebe einen Zirkelschluß. Auch wenn man annimmt, daß die guten Sitten i. S. d. § 138 BGB und das Sittengesetz i. S. d. Art. 2 I GG voneinander verschieden sind (4) und wenn man die Schranke des Sittengesetzes in Art. 2 I GG nicht auf die übrigen

(1) Eckhold-Schmidt S. 76 f.)

(2) Leisner S. 363; Bender JZ 1957, 600

(3) Leisner S. 370, siehe auch Koebel JZ 1961, 524

(4) so Hamann-Lenz GG Art. 2 Anm. 7, Nipperdey Die Grundrechte, IV/2 S. 824; anders Leisner S. 370 und Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 2 I Rdn. 16: in jedem Falle verbleibt ein Bereich, in dem sich beide Begriffe überschneiden, Nipperdey Die Grundrechte IV/2 S. 824

Grundrechte ausdehnt, (1) so bleibt der von Leisner (2) angesprochene Zirkelschluß stets bestehen, soweit es um die Drittwirkung des Art. 2 I GG geht. Darin liegen methodische Schwierigkeiten für eine Drittwirkung über den Begriff der Sittenwidrigkeit des § 138 BGB.

cc) Erforderlichkeit eines subjektiven Vorwurfs

Wesentliche Diskrepanz zwischen den Grundrechten als subjektiven öffentlichen Rechten und zivilrechtlichen Vorschriften ist zu-  
meist (wohl mit Ausnahme des § 1004 BGB) das Erfordernis des Verschuldens und damit subjektiver Vorwerfbarkeit im Zivilrecht, während es für einen auf Grundrechte gestützten Abwehranspruch gegen den Staat unerheblich ist, ob dem die Grundrechte verletzenden Amtswalter der Vorwurf schuldhaften Verhaltens gemacht werden kann; Anknüpfungspunkt ist hier der staatliche Eingriff als objektives Faktum. Ebenso unerheblich ist es, wenn der die Grundrechte verletzende Amtswalter aus gutem Willen und mit der Motivation, dem Bürger zu nützen, gehandelt hat. Besonders enge Voraussetzungen für das Verschulden setzt der oft als Anknüpfungspunkt für mittelbare Drittwirkung (3) gewählte § 826 BGB auf, der Vorsatz bezüglich des Schadens fordert. (4)

- (1) so BVerfGE 32, 107; 31, 68; 30, 192 unter Berufung auf BVerfGE 6, 36 ff.; 9, 73; 9, 343; 10, 58; 10, 199; 11, 238; 21, 234; 23, 55 f.; für eine Ausdehnung der Schranke des Sittengesetzes, sei es als immanente Schranke, sei es im Rahmen der Schranken des Art. 2 I GG, auf alle Grundrechte demgegenüber OVG Münster DVBl 1951, 376; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 2 I Rdn. 73; von Mangoldt-Klein Art 2 Anm. IV; Erichsen Staatsrecht I S. 139; Bettermann Grenzen der Grundrechte S. 9 ff.; siehe auch Erbel S. 188; Nipperdey Die Grundrechte IV/2 S. 767
- (2) Leisner S. 370
- (3) von Dürig FS f. Nawiasky S. 180; Palandt-Heinrichs BGB § 242 Anm. 2 d); Bleckmann S. 150
- (4) Palandt-Thomas BGB § 826 Anm. 3 a)

Die von Dürig (1) bemühten Generalklauseln des Zivilrechts stellen subjektive Voraussetzungen auf, die die Grundrechte nicht enthalten. Nach der Theorie der mittelbaren Drittwirkung muß derjenige, der sich gegen grundrechtswidriges Handeln eines Schädigers wehrt, zusätzlich die Erfüllung der von der jeweiligen Zivilrechtsnorm geforderten subjektiven Voraussetzungen in der Person des Schädigers nachweisen. (2) Eine unmittelbare Drittwirkung über § 134 BGB (3) stellt dagegen keine Erfordernisse subjektiver Vorwerfbarkeit auf; bei § 134 ist nur die objektive Feststellung des Gesetzesverstößes erforderlich, so daß gegenüber der Anwendung der Grundrechte als subjektive öffentliche Rechte keine weiteren Voraussetzungen hinzukommen. Leisner (4) hat darauf hingewiesen, daß der Vorwurf der Sittenwidrigkeit auch schwerwiegender sein kann, als der Vorwurf der Grundrechtswidrigkeit. So wird ein bekannter Geschäftsmann den Vorwurf der Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit eines Angestellten hinnehmen, gegen den Vorwurf der Sittenwidrigkeit, der ihn in der Öffentlichkeit herabsetzt, bis zum Letzten kämpfen. (5) Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit hat einen qualitativ anderen Gehalt als der der Grundrechtswidrigkeit. Indem beides über die Anwendung des § 138 BGB als wertausfüllungsfähiger Generalklausel vermischt wird, treten normative Unschärfen auf, die durch eine unmittelbare Grundrechtsanwendung vermieden werden können.

dd) Unmöglichkeit eines Grundrechtsverzichts

Bisher noch nicht beachtet worden ist, daß die Auffassung Dürig's(6), daß die Grundrechte über die wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln des Zivilrechts einwirken, der vertraglichen Situation (7)

- (1) Dürig FS f. Nawiasky S. 176
- (2) siehe BAG NJW 1962, 1982
- (3) siehe Nipperdey FS f. Molitor = Grundrechte und Privatrecht S. 17 f.; BAG NJW 1962, 1983; LAG Berlin NJW 1979, 2582; Neumann-Duesberg JZ 1964, 186
- (4) Leisner S. 370 f.; siehe auch Gamillscheg AcP 164 (1964), 422
- (5) Beispiel von Leisner S. 370
- (6) Dürig FS f. Nawiasky S. 176; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132
- (7) auf die Dürig FS f. Nawiasky S. 158, 160 besonders abstellt; siehe die Kritik daran von Leisner S. 319

gerade insoweit nicht entspricht, als die vertragliche Verzichtbarkeit grundrechtlich geschützter Positionen im Privatrecht nicht möglich ist. Die Auslegung, Wertausfüllung und Sinnschärfung der zivilrechtlichen Generalklauseln durch den Richter ist ein Prozeß, der der Disposition der Beteiligten entzogen ist. Werte verlangen Absolutheit, ihre Auslegung als Rechtserkenntnisprozeß des Richters ist die objektive Bestimmung des Normgehaltes; über den Normgehalt können die Beteiligten jedoch nicht verfügen. Es ist daher nur inkonsequent, wenn Dürig (1) meint, die zivilrechtliche Freiheit, vertragliche Verzicht auf Grundfreiheiten anzunehmen, müsse gewährleistet bleiben. Jeder Vertrag, der einen Grundrechtsverzicht zum Inhalt hat, ist ja nach der Drittwirkungstheorie Dürig's ebenso wie ein grundrechtswidriger Vertrag, der keinen Grundrechtsverzicht enthält, (2) an den grundrechtsausgefüllten Generalklauseln des Zivilrechts zu messen, so daß die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und das Verbot der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) ganz unabhängig von einem eventuellen Grundrechtsverzicht zur Anwendung kommen. Diese Nichtberücksichtigung der Verzichtbarkeit von Grundrechten ist wenig sachgerecht. (3) Indem der betr. Vertrag doch nur an den objektiven, der Beeinflussung der Beteiligten entzogenen zivilrechtlichen Normgehalten - unter Wertausfüllung durch die Grundrechte - gemessen wird, bleibt die Prätentio Dürig's, Vertragsfreiheit und Privatautonomie vor dem zwingenden Charakter der Grundrechte als jus cogens (4) zu schützen (5) unerfüllt.

(1) Dürig FS f. Nawiasky S. 160

(2) etwa weil die Grundrechte eines Dritten eingeschränkt werden sollen

(3) zur Berücksichtigung der Vertragssituation im Rahmen der Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts siehe auch BVerwGE 14, 27 f.; Göldner JZ 1976, 354 f.)

(4) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 130

(5) siehe Dürig FS f. Nawiasky S. 168, 159; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 130

Diese Konsequenz, daß ein Grundrechtsverzicht nicht möglich ist, gilt jedoch nicht für die von Nipperdey (1) und dem BAG (2) vertretene Theorie der unmittelbaren Drittwirkung. Wenngleich diese Auffassung besonders die Bedeutung der Grundrechte als objektiver Wertordnung, die als solche ebenfalls vertraglicher Disposition entzogen sind, hervorhebt, (3) so berücksichtigt sie doch die Besonderheit vertraglicher Bindung, indem sie freiwillig eingegangene Beschränkungen von Grundrechten u. U. für zulässig hält, sofern die Beschränkungen zumutbar sind und die vertragliche Regelung dem Grundrecht die größtmögliche Geltung verschafft, was eine Beschränkung noch nicht ausschließt. (4) Daß dagegen gerade die Auffassung Dürig's, die Privatautonomie und Vertragsfreiheit betont, (5) keine Ansatzpunkte für eine Berücksichtigung von vertraglichen Grundrechtsverzichteten bietet, erweist sich als dogmatische Unschärfe, die zu Skepsis beim Umgang mit der Auffassung Dürig's Anlaß gibt. Insgesamt begegnet die Theorie der mittelbaren Drittwirkung über die zivilrechtlichen Generalklauseln einer Reihe von methodischen Einwänden. Die Notwendigkeit der mittelbaren Drittwirkung wird jedoch nicht begründet. Weder der normative Gehalt der Generalklauseln noch der der Grundrechte zwingt zu einer mittelbaren Drittwirkung. Schließlich sind auch die Argumente der Vertreter der mittelbaren Drittwirkung gegen die unmittelbare Drittwirkung weder zutreffend noch geeignet, die mittelbare Drittwirkung positiv zu begründen. (6)

- (1) Nipperdey FS f. Molitor S. 24 f. = Grundrechte und Privatrecht S. 17 f.; Die Grundrechte II S. 20; RdA 1950, 121; DVBl 1958, 445
- (2) BAGE 1, 193; 4, 278; BAG NJW 1962, 1981, JZ 1964, 183; NJW 1973, 77
- (3) siehe BAG NJW 1962, 1982
- (4) BAG NJW 1962, 1983, wo allerdings die Zulässigkeit vertraglicher Einschränkung des Grundrechts nicht als Problem des Grundrechtsverzichts, sondern als Schrankenproblem behandelt wird. Indem das BAG jedoch eine freiwillig eingegangene vertragliche Beschränkung des Arbeitnehmers in der freien Wahl des Arbeitsplatzes mit Art. 12 GG für vereinbar hält, die unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles dem Arbeitnehmer zuzumuten ist, berücksichtigt es die Möglichkeit der Eingehung selbstgewählter Bindungen durch Vertrag.
- (5) siehe Dürig FS f. Nawiasky S. 168, 159; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 130
- (6) vgl. auch die Kritik bei Leisner S. 361 und Eckhold-Schmidt S. 75 ff.)

In dem Maße, in dem eine Nutzbarmachung von Generalklauseln des Zivilrechts für den Grundrechtsschutz anzuerkennen ist, bedarf diese Nutzbarmachung einer stärkeren methodischen Durchdringung und einer Ermittlung rationaler Kriterien der Grundrechtsanwendung (etwa verfassungskonforme Auslegung des Zivilrechts), statt auf der plakativen Ebene von Wertausfüllung und Wertakzentuierung stehenzubleiben. Um diesen Prozeß zu leisten, sind die bisher in der Lehre vertretenen Drittwirkungstheorien von Schwabe, Leisner, Nipperdey und Dürig eher hinderlich als förderlich. Sie indizieren Systeme von Drittwirkung, die es in dieser Form nicht gibt.

#### 4.) Darstellung der Rspr.

Angesichts dieses entmutigenden Bildes, das die Lehre zeichnet, überrascht der Reichtum an Gesichtspunkten, den die Rspr., die sich angesichts ihrer Aufgabe der Entscheidung von Einzelfällen nicht in Drittwirkungssystemen verliert, sondern pragmatisch die fallrelevanten Lösungsgesichtspunkte hervorstellt, vermittelt. Dabei liefern neben der Rspr. des BVerfG zur Grundrechtsgeltung bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten die Rspr. zum Persönlichkeitsrecht und zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sowie die Rspr. zur Grundrechtsgeltung bei privatrechtlichem Handeln der Verwaltung Gesichtspunkte.

##### a) Privatrechtliches Handeln von Trägern öffentlicher Verwaltung.

Bei privatrechtlichem Handeln von Trägern öffentlicher Verwaltung wird unterschieden, ob unmittelbar öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden oder ob lediglich am Wirtschaftsverkehr durch Bedarfsdeckung, Beschaffung und Vermögensverwaltung teilgenommen wird. Im Bereich des Verwaltungsprivatrechts bei unmittelbarer Erfüllung öffentlicher Aufgaben gelten die Grundrechte, (1) während die Grundrechtsgeltung

(1) BGHZ 29, 76; 52, 328; 65, 287; Wolff-Bachof I § 23 II b); OVG Münster DVBl 1959, 103; Stein § 24 II 4); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 19 IV Rdn. 19; Meyer-Borgs VwVfG § 1 Rdn. 6)

bei fiskalischem Handeln von einer verbreiteten Meinung (1) abgelehnt wird. Für diese ablehnende Haltung werden die Entscheidungen BGHZ 36, 91 ff., BGH NJW 1977, 629 = JuS 1977, 473 und BVerwGE 5, 325 angeführt. In BGHZ 36, 19 erstrebte ein Privater die Zulassung zur Belieferung von AOK-Mitgliedern. Während sich der BGH im Leitsatz (2) dahingehend äußert, daß bei fiskalischen Geschäften der öffentlichen Hand die Grundrechte nicht eingreifen, wird später (3) die Vereinbarkeit der Verweigerung eines Vertragsschlusses mit Art. 12 I S. 1 GG geprüft. Zutreffend stellt dazu der BGH fest, daß auch gegenüber Trägern öffentlicher Verwaltung unter grundrechtlichen Gesichtspunkten kein Anspruch auf Erweiterung des Kundenkreises und auf Erzielung von Gewinnen besteht. (4) Offengelassen wird lediglich der Fall, daß das Gewerbe des Privaten durch die Verweigerung des Vertragsschlusses im Ganzen in einer Weise behindert wird, die einer gegen Art. 12 I S. 1 GG verstoßenden Beschränkung der Berufsaufnahme gleichgesetzt werden kann. Diese Ausführungen des BGH gehen von einer Anwendbarkeit des Art. 12 I GG aus. Die Lösung des vom BGH entschiedenen Falles ergab sich bereits daraus, daß aus Art. 12 I GG keine Leistungsansprüche auf Abschluß eines Vertrages folgen. Dies entspricht der hier vertretenen Auffassung, daß aus Grundrechten in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen keine Leistungsansprüche abgeleitet werden können. (5) Eines Eingehens auf die Drittwirkungsproblematik hätte es daher in BGHZ 36, 91 nicht bedurft. Daß der BGH (6) hierzu dennoch mißverständliche Ausführungen macht, bedeutet jedoch nicht, daß das Urteil als Ablehnung jeder Grundrechtswirkung im Bereich fiskalischen Handelns zu interpretieren ist, sondern im Gegenteil, daß auch im fiskalischen Bereich eine Grundrechtsgeltung nicht von vornherein ausgeschlossen ist.

- (1) Wolff-Bachof I § 23 II a); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 138; Stein § 24 II 4; Bullinger Vertrag u. VA S. 102; BVerwGE 39, 238 f.; a.A. sind konsequenterweise die Vertreter unmittelbarer Drittwirkung; a. A. außerdem Hesse § 11 I; Erichsen Staatsrecht I S. 111 f.; Erichsen-Martens § 23
- (2) BGHZ 36, 91
- (3) BGHZ 36, 97 ff.
- (4) BGHZ 36, 99
- (5) s. o. § 7 3) b) bb)
- (6) BGHZ 36, 91, 95, 96



Ähnlich überinterpretiert worden scheint die Entscheidung BGH NJW 1977, 629. Der BGH führte in dieser Entscheidung aus, daß bei fiskalischen Beschaffungsgeschäften Art. 3 GG nicht gilt, wohl aber das Willkürverbot eingreife. Aus Art. 3 GG ergibt sich somit kein Leistungsanspruch auf Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages, (1) was sich mit der oben (2) vertretenen Ansicht, daß aus den Grundrechten in der Drittwirkung keine Leistungsansprüche folgen, deckt. Im übrigen ist die Entscheidung des BGH (3) insofern ungenau, als nach ständiger Rspr. des BVerfG (4) Art. 3 I ohnehin lediglich ein Willkürverbot enthält. Das Urteil (5) kann somit ebenfalls nicht als dezidierte Ablehnung einer Grundrechtswirkung bei fiskalischen Geschäften der öffentlichen Hand herangezogen werden. Die Argumentation, daß, wenn schon der Staat bei privatrechtlichem Handeln im Fiskalbereich nicht an die Grundrechte gebunden ist, ein Privater im Rahmen privatrechtlicher Rechtsverhältnisse erst recht nicht grundrechtsverpflichtet sein könne, ist somit vor dem Hintergrund einer exakten Interpretation der Rspr. des BGH zum fiskalischen Handeln nicht aufrechtzuerhalten.

Auch im Falle BVerwGE 39, 235, in dem ebenfalls von einem Privaten der Abschluß eines bürgerlichrechtlichen Vertrages begehrt wurde, wurde eine Grundrechtsgeltung nicht wegen des privatrechtlichen Charakters des Vertrages ausgeschlossen; vielmehr wurde überhaupt nicht darauf abgestellt, ob die Maßnahme privatrechtlich oder öffentlichrechtlich war. (6)

- (1) übrigens ist noch nirgendwo versucht worden, aus Art. 3 GG einen Leistungsanspruch auf Abschluß eines öffentlichrechtlichen Vertrages abzuleiten.
- (2) s. o. § 7 3) b) bb)
- (3) BGH NJW 1977, 629 = JuS 1977, 473
- (4) BVerfGE 3, 24; 18, 124; 45, 104; 47, 115; 21, 304; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 3 Rdn. 13, 14; Leibholz-Rinck GG Art. 3 Rdn. 10
- (5) BGH NJW 1977, 629
- (6) BVerwGE 39, 238 f.; es fehlt eine Unterscheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Sondernutzung.

In der Entscheidung BVerwGE 5, 325 erklärte das BVerwG den Ausschluß von öffentlichen Bauaufträgen für eine bürgerlichrechtliche Maßnahme. Danach sei in diesen Fällen der Zivilrechtsweg gegeben. (1) Darüber hinaus spricht das BVerwG - in diesem Fall fiskalischen Handelns - von besonderen Pflichten, die dem Staat bei der Teilnahme am privaten Geschäftsverkehr obliegen. (2) Insbesondere dürfe nicht die Wahl einer bürgerlichrechtlichen Rechtsform zu einem Ausweichen aus spezifischen Verantwortungen führen, so daß der Staat auch bei bürgerlichrechtlichen Entschlüssen stärkeren Bindungen als ein Privater unterliegen kann. (3) Die Entscheidungen zum privatrechtlichen Charakter des fiskalischen Handelns der öffentlichen Hand können daher nicht gegen eine Grundrechtswirkung im Privatrecht in Anspruch genommen werden. Hingegen zeigen die Entscheidungen zum Verwaltungsprivatrecht, (4) daß das Bestehen eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses und eine unmittelbare Grundrechtsgeltung durchaus miteinander vereinbar ist.

- b) Die Rspr. zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zum Recht am Gewerbebetrieb - die Ableitung absoluter deliktischer Rechte aus Grundrechten.

Der BGH hat als Auffangtatbestand zur Schließung von Rechtsschutzlücken ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als absolutes "sonstiges Recht" i. S. d. § 823 I BGB entwickelt. (5) Dieses Recht dient dem Schutz der Grundrechte des Gewerbetreibenden aus Art. 14 und 12 GG, ohne daß allerdings der BGH das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb direkt aus diesen Grundrechten abgeleitet hat.

- (1) BVerwGE 5, 328, 331. Daß für Streitigkeiten über die Vergabe öffentlicher Aufträge nur der Zivilrechtsweg zur Verfügung steht, wird von der Rspr. stets bekräftigt, siehe BVerwGE 14, 71; 35, 103; BGHZ 36, 91; BGH NJW 1977, 629; BVerwG DÖV 1973, 244; OLG Düsseldorf NJW 1977, 1064
- (2) BVerwGE 5, 329
- (3) BVerwG 5, 327
- (4) BGHZ 29, 76; 52, 325; 65, 284; BVerwGE 35, 106; 38, 285; BHG DÖV 1975, 825; LG Braunschweig NJW 1974, 800; zum Verwaltungsprivatrecht siehe ferner Wolff-Bachof I § 23 II b) 1.) Meyer-Borgs VwVfG § 1 Rdn. 6; Ossenbühl DVB1 1974, 541; Bender NJW 1975, 1818
- (5) BGHZ 43, 361; 45, 296; BGH NJW 1963, 484; BGH DB 1971, 571; BGH NJW 1976, 1740; BGH BB 1977, 1419; BGH DB 1979, 1069

Grundrechte können dieses Recht auch begrenzen. Insbesondere können der Schutz des Gewerbebetriebes und das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung kollidieren. (1) Deziert ist der Grundrechtsbezug bei dem in ständiger Rspr. anerkannten (2) allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das als Rahmenrecht das Recht des einzelnen auf Achtung seiner individuellen Persönlichkeit im Privatrechtsverkehr schützt. (3) Explizit hat der BGH das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1, 2 I GG abgeleitet, (4) was der Auffassung Dürig's (5), das Verfassungsrecht verlange das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht, so daß das Privatrecht bei der Zuerkennung eines Persönlichkeitsrechts Eigenverantwortlichkeit habe, widerspricht. Der BGH kennzeichnet ausdrücklich die Grundrechte aus Art. 1 und 2 I GG als privates, von jedermann in den Schranken des Art. 2 I zu achtendes Recht. (6) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht sei ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht. (7) Ebenso kennzeichnet das KG (8) das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Fall der Drittwirkung der Grundrechte. Der BGH (9) begründet die verfassungsrechtliche Ableitung des Persönlichkeitsrechts mit dem Vorrang des Verfassungsrechts, (10) der dazu führt, daß bürgerliches Recht dem übergeordneten Verfassungsrecht weichen muß, und, soweit das GG Bestimmungen anderen Inhalts getroffen hat, nur in diesem Inhalt gilt.

- (1) BGH NJW 1964, 29; Palandt-Thomas BGB § 823 Anm. 6 a)
- (2) BGHZ 13, 334; 24, 76; 26, 349; 27, 284; 15, 357; 14, 76; 36, 7; 31, 308; 33, 22; 35, 363; 50, 133; BGH NJW 1971, 698; BGH NJW 1975, 1882; OLG Hamburg NJW 1980, 842, KG JZ 1980, 32
- (3) BGHZ, 13, 334; 24, 27, 284; Palandt-Thomas BGB § 823 Anm. 15 A, B; Hubmann S. 106 ff., 127 ff.; Nipperdey Die Grundrechte II/1 a S. 40 f.)
- (4) BGHZ 13, 334, 338; 24, 72, 76; ebenso Nipperdey Die Grundrechte II/1 S. 40 u. Die Grundrechte IV/2 S. 831 f.)
- (5) Dürig FS f. Nawiasky S. 180 f.)
- (6) BGHZ 13, 338; 24, 76
- (7) BGHZ 13, 338
- (8) KG JZ 1980, 32
- (9) BGHZ 24, 77
- (10) siehe dazu Stern Staatsrecht I S. 85 f.; Bonner Kommentar-Stern GG Art. 100 Rdn. 22; Wolff-Bachof I § 26 III; Erichsen-Martens § 8 IV

Damit leitet die Rspr. das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht als absolutes Recht unmittelbar aus Grundrechten ab. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist somit ein Fall unmittelbarer Grundrechtsgeltung im Privatrecht. (1) Die Grundrechte dienen nicht nur zur Begründung, sondern auch zur Begrenzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Das Persönlichkeitsrecht findet seine Grenze an den Grundrechten, insbesondere Art. 5 I, 5 III, 2 I, anderer, (2) wobei zum Ausgleich der kollidierenden Grundrechte eine umfassende Güter- und Interessenabwägung erforderlich ist. (3) Bilden somit nach Auffassung der Rspr. die Grundrechte anderer Begrenzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, so bedeutet dies, daß im deliktischen Bereich die Grundrechte als Gegenrechte bürgerlich-rechtlichen Schadenersatzansprüchen aus §§ 823 I, 824 BGB entgegengesetzt werden können. Damit ist durch die Rspr. insbesondere des BGH der Bereich des Deliktrechts sowohl auf der Aktivseite als auch auf der Passivseite umfassend grundrechtlich ausgeformt. In der Berücksichtigung der Grundrechte als Gegenrechte durch den BGH liegt ein deutlicher Widerspruch zu Dürig's Auffassung (4) von der bloß mittelbaren Einwirkung der Grundrechte über wertausfüllungsbedürftige Generalklauseln und von der Notwendigkeit, das Zivilrecht vor verfassungsrechtlicher Überfremdung zu schützen. Grundrechte als Gegenrechte stehen zur Disposition des Rechtsträgers, Grundrechtsgehalte als Werte nicht. (5) Übrigens bleibt die Deutung der Grundrechte als Gegenrechte durch den BGH nicht auf den deliktischen Bereich beschränkt.

- (1) Allerdings besteht anders als bei den Grundrechten in der Staatsrichtung die Voraussetzung des Verschuldens; siehe Palandt-Thomas BGB § 823 Anm. 15 E; BGHZ 39, 130; OLG Braunschweig NJW 1975, 651
- (2) BGH NJW 1971, 1655; BGH NJW 1978, 1797; BGHZ 45, 306; 50, 133
- (3) BGHZ 13, 339; 24, 80; BGH NJW 1978, 2151; Coing JZ 1954, 700; Palandt-Thomas BGB § 823 Anm. 15 D; Staudinger-Schäfer BGB § 823 Rdn. 179
- (4) Dürig FS f. Nawiasky S. 176 f.; 164; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132
- (5) siehe auch oben § 7 3) c) dd)

Der BGH (1) hat einen Praxistauschvertrag zwischen Ärzten an Art. 12 GG gemessen. Ferner hat der BGH (2) in einer vertraglichen Bestimmung, daß ein Ehepartner den Wohnort des anderen Ehepartners verlassen muß, einen Verstoß gegen Art. 11 GG gesehen.

c) Die Rspr. des BVerfG

Auch das BVerfG hatte sich in einer Reihe von Entscheidungen mit der Anwendbarkeit von Grundrechten in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen auseinanderzusetzen.

Erstmals mit der Drittwirkungsproblematik befaßt hat sich das BVerfG im Lüth-Urteil. (3) Vor dem Hintergrund der vielfältigen Versuche in der Lit., das Lüth-Urteil für die eigene Auffassung in Anspruch zu nehmen, (4) ist eine Auseinandersetzung mit dem Urteil selbst vonnöten. Im Lüth-Urteil erklärte das BVerfG das erstinstanzliche Urteil des LG-Hamburg, das Lüth verboten, zum Boykott von Filmen des "Jud Süß"-Regisseurs Veit Harlan aufzufordern, wegen Nichtberücksichtigung des Grundrechts aus Art. 5 GG des Lüth für verfassungswidrig. Zunächst betont das BVerfG, (5) daß ein Gerichtsurteil als Akt der öffentlichen Gewalt durch seinen Inhalt Grundrechte nur verletzen kann, wenn diese bei der Urteilsfindung zu beachten waren, womit das Gericht die Frage nach der Anwendbarkeit der Grundrechtsnorm stellt. (6) Das BVerfG (7) führt anschließend aus, daß das GG eine objektive Ordnung und ein Wertsystem aufstelle. Sofort im Anschluß daran stellt das BVerfG fest, daß keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift in Widerspruch zu den Grundrechten stehen darf.

(1) BGHZ 16, 71

(2) BGH NJW 1972, 1414; siehe auch die Anmerkung v. Merten NJW 1972, 1799 und die Replik v. Schwabe NJW 1973, 229

(3) BVerfGE 7, 198

(4) vgl. nur Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132; Schwabe AöR 100 (1975) 443 ff.; Leisner S. 373 ff.; Dürig DöV 1958, 194; Maunz § 13 II 11; siehe auch oben § 6 4)

(5) BVerfGE 7, 203

(6) Dies wird von Schwabe AöR 100 (1975) 445 f. übersehen, der diese Ausführungen des BVerfG für eine Selbstverständlichkeit hält.

(7) BVerfGE 7, 205

Damit betont das BVerfG den Vorrang des Verfassungsrechts, (1) der es verbietet, daß irgendeine Rechtsnorm - gleichgültig, ob eine bürgerlich-rechtliche oder eine öffentlichrechtliche Norm - gegen die Verfassung verstößt. Auch die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung (2) auf die das BVerfG im gleichen Zusammenhang verweist, besteht nicht nur für Normen des bürgerlichen Rechts. (3) Bemerkenswert sind auch die weiteren Ausführungen des BVerfG, daß, so wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertsystem stehen muß, bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertsystem ausgerichtet werden muß und von ihm her ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zufließt, der fortan seine Auslegung bestimmt. (4) Damit macht das BVerfG eine Aussage zur Auslegungsmethodik. Die historische Auslegung des Zivilgesetzes muß sich auch am GG orientieren. Dies bedeutet, daß nicht von historischen Auffassungen, Positionen und Argumenten ausgegangen werden darf, die durch die Verfassung überholt sind. Dasselbe gilt für die teleologische Auslegung. In der Auslegung des Zivilrechts darf nicht von verfassungsfernen, verfassungsfremden oder verfassungswidrigen Zwecken ausgegangen werden. Das BVerfG (5) stellt schließlich fest, daß die Generalklauseln, wie etwa § 826 BGB, zur Beurteilung menschlichen Verhaltens auf außerzivilrechtliche, ja außerrechtliche Maßstäbe verweisen. Damit ist nicht allein der normative Gehalt der Grundrechte als außerzivilrechtlicher Maßstab angesprochen, sondern auch die soziale Wirklichkeit als außerrechtlicher Maßstab.

- (1) siehe dazu Stern Staatsrecht I S. 85 f.; Bonner Kommentar-Stern GG Art. 100 Rdn. 22; Wolff-Bachof I § 26 III; Erichsen-Martens § 8 IV
- (2) siehe dazu BVerfGE 2, 282; Stern Staatsrecht II S. 958 f.; Prümmer S. 56 ff.; 111 ff.; Bleckmann S. 115; Spanner AöR 91 (1966), 503 ff.; Steinwedel S. 63 ff.; Göldner S. 209 ff.; Schenke NJW 1979, 1325
- (3) so auch Schwabe AöR 100 (1975), 448; siehe ferner Maunz-Dürig Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132; BaWüVGH DöV 1958, 394
- (4) BVerfGE 7, 205
- (5) BVerfGE 7, 206

Die Verfassungswirklichkeit des GG als soziales Faktum ist bei der Auslegung und Anwendung des Zivilrechts zu berücksichtigen. Vorrang der Verfassung, verfassungskonforme Auslegung und Berücksichtigung der Verfassungswirklichkeit als Argumentationsmuster in der Drittwirkungsproblematik zeigen, daß das BVerfG im Lüth-Urteil (1) über die ausdrücklichen Anklänge an die Theorie Dürig's, die Generalklauseln seien Einbruchstellen für eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, (2) hinaus bemerkenswerte Ansätze zu methodisch exakter Behandlung des Drittwirkungsproblems und Ansätze zu einer Auflösung in Einzelaspekte und damit zu einer Problemdifferenzierung geboten hat.

In der Blinkfuer-Entscheidung (3) ging es ebenfalls um einen Boykottaufruf, den das Verlagshaus Springer an solche Zeitschriftenhändler richtete, die die Wochenzeitung "Blinkfuer", die die Rundfunkprogramme von DDR-Sendern abdruckte, verkauften. Es standen sich auf Seiten Springer wie auf Seiten des "Blinkfuer" jeweils das Grundrecht der freien Meinungsäußerung gegenüber. Das BVerfG erklärte den Boykott für rechtswidrig, da er mit wirtschaftlichen Mitteln durchgesetzt werden sollte. (4) Bei der vorliegenden Grundrechtskollision, bei der auf jeder Seite Art. 5 I eingriff, durfte nach Auffassung des BVerfG (5) das Grundrecht von der einen Seite nicht so ausgeübt werden, daß dadurch die Grundrechtsausübung der anderen Seite gefährdet wird und die Chancengleichheit beim Prozeß der Meinungsbildung durch faktischen Zwang in Form wirtschaftlichen Drucks gefährdet wird. (6)

(1) BVerfGE 7, 198

(2) BVerfGE 7, 206 unter Berufung auf Dürig Die Grundrechte II S. 525

(3) BVerfGE 25, 256

(4) BVerfGE 25, 266 f. unter Abgrenzung zu BVerfGE 7, 198

(5) BVerfGE 25, 264 ff.

(6) Das gleiche Probleme entgegenstehender gleicher Grundrechte, deren Gebrauch nicht die Grundrechte des jeweils Anderen verletzen darf, stellt sich beim Passivrauchen; siehe Suhr JZ 1980, 166 ff.



Dabei setzt die Grundrechtskollision (1) die Anwendbarkeit der Grundrechtsnorm im betreffenden Rechtsverhältnis voraus. (2)

Im Mephisto-Urteil (3) nahm das BVerfG einen Konflikt zwischen der Kunstfreiheit des Romanautors Klaus Mann und dem Persönlichkeitsrecht und der Menschenwürde (Art. 1 I GG) des Schauspielers Gründgens an. Einen zivilrechtlichen Anknüpfungspunkt für die Grundrechtsgeltung nannte das BVerfG nicht mehr, vielmehr wurden unmittelbar die Grundrechte aus Art. 5 III GG und Art. 1 GG gegeneinander abgewogen. Dies geht indirekt auch aus der abweichenden Meinung des Richters Stein (4) hervor, der noch im Einklang mit dem Urteil davon spricht, daß der Inhalt des Art. 5 GG unmittelbar berührt ist, wenn eine zivilgerichtliche Entscheidung die grundrechtliche Ausstrahlungswirkung auf das Zivilrecht nicht richtig bestimmt und hierdurch unmittelbar das Grundrecht verletzt, wobei sich seine Kritik lediglich gegen die mangelnde Konkretheit der Abwägung, nicht aber gegen den Ausgangspunkt der Grundrechtskollisionslage richtet. Das BVerfG (5) lehnt die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf zivilrechtliche Rechtsverhältnisse ab. (6)

Im Lebach-Fall (7) wehrte sich ein Mittäter des Soldatenmordes von Lebach unter Berufung auf sein Persönlichkeitsrecht gegen die - privatrechtliche - (8) Sendung eines Dokumentarspiels durch das ZDF.

- (1) die Herzog JuS 1969, 398 und H. H. Klein Der Staat 1971, 147 f. zum Anlaß nehmen, die Entscheidung des BVerfG als Bejahung einer unmittelbaren Drittwirkung zu werten.
- (2) Dies übersieht Bethge S. 395 ff., der davon ausgeht, daß die Kollision zweier - grundrechtlicher - Freiheitssphären kein Drittwirkungsproblem ist, aber ausblendet, warum Grundrechte zur Abgrenzung zivilrechtlicher Freiheitssphären überhaupt heranzuziehen sind.
- (3) BVerfGE 30, 173
- (4) abweichende Meinung des Richters Stein in BVerfGE 30, 201
- (5) BVerfGE 30, 199
- (6) a. A. die abweichende Meinung des Richters Dr. Stein in BVerfGE 30, 218; BGH NJW 1978, 1797; OLG Hamburg NJW 1980, 842; Palandt-Thomas BGB § 823 Anm. 15 D; Fr. Müller Positivität der Grundrechte S. 48; Preis DB 1971, 1572; a. A. auch BVerfGE 35, 203, 232; 32, 318; siehe dazu auch Schwabe AöR 100 (1975), 463 f.)
- (7) BVerfGE 35, 202
- (8) nach Erichsen VerwArch 62 (1971), 183 und Buri NJW 1971, 468 handelte es sich um öffentlichrechtliche Tätigkeit; vgl. Schwabe AöR 100 (1975), 467

Es standen sich dabei die Grundrechte aus Art. 2 I i. V. m. 1 I GG und Art. 5 I GG gegenüber; wiederum löst das BVerfG (1) eine Grundrechtskollision, wobei lediglich statt § 823 I BGB als zivilrechtlicher Anknüpfungspunkt §§ 22, 23 KUG (2) gewählt werden. Wie schon im Mephisto-Fall geht das BVerfG auf die Drittwirkungsfrage nicht mehr ein, sondern setzt eine Drittwirkung der Grundrechte voraus, um sogleich die Grundrechtskollision zu lösen.

Ergebnis der Analyse der Rspr. des BVerfG ist somit, daß im außervertraglichen Bereich die Grundrechte sowohl als subjektive Rechte in zivilrechtlicher Einkleidung als auch als Gegenrechte gelten, wobei ein spezifisch zivilrechtlicher Einfluß nicht mehr festzustellen ist. Ferner hat das BVerfG die Drittwirkungsdiskussion um eine Reihe relevanter Einzelaspekte bereichert. Gleiches gilt für die Rspr. des BGH zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht, die Rspr. zum fiskalischen Handeln der Verwaltung spricht ebenfalls nicht gegen eine Drittwirkung. Zusammenfassend lassen sich aus der Rspr. folgende Schlußfolgerungen ziehen:

- aa) Die Anwendbarkeit von Grundrechten in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen bedarf einer materiellrechtlichen Begründung.
- bb) Das Zivilrecht hat den Vorrang der Verfassung zu beachten.
- cc) Das Zivilrecht ist umfassend verfassungskonform auszulegen.
- dd) Im deliktischen Bereich folgen aus den Grundrechten absolute zivilrechtliche Rechte, deren normativer Gehalt im wesentlichen durch das betreffende Grundrecht bestimmt wird, wobei die zivilrechtlichen Vorschriften lediglich Anknüpfungspunkt für die Grundrechtsgeltung sind.

(1) BVerfGE 35, 202

(2) als Normierung eines besonderen Persönlichkeitsrechts; vgl. Neumann-Duesberg JZ 1973, 262

ee) Gegen diese Rechte können die Grundrechte direkt als Gegenrechte eingewandt werden.

ff) Dadurch kommt es im Rahmen der so entstehenden Grundrechtskollisionen zu einer echten Abwägung der sich gegenüberstehenden Grundrechte im jeweiligen Privatrechtsverhältnis.

## § 8 Drittwirkung der Berufsfreiheit des Berufsfußballspielers

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen ist zu fragen, inwieweit sich Berufsfußballspieler sich gegenüber der Verweigerung der Freigabe und dem Verlangen nach Erzielen einer Ablösesumme gegenüber dem DFB auf das Grundrecht der Berufsfreiheit unmittelbar oder mittelbar berufen können, inwieweit also Art. 12 GG zugunsten des Berufsfußballspielers Drittwirkung äußert. Die Tatsache, daß der DFB trotz vertraglicher Beziehungen zu den Spielern faktisch einseitig die Bedingungen des Bundesligaspielbetriebes diktiert, als Monopolverband den Fußballsport in der Bundesrepublik Deutschland zentral regelt und seine Tätigkeit bisweilen als "Genehmigung" von Sachverhalten (1) bezeichnet, hat es nahegelegt, dem DFB einen öffentlichrechtlichen oder quasi öffentlichrechtlichen Status zuzuerkennen und so zu einer direkten oder analogen Anwendung öffentlichrechtlicher Vorschriften und damit auch der Grundrechte zu kommen.

### 1.) Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben

Zunächst bleibt klarzustellen, daß sich der DFB selbst dadurch nicht zum öffentlichrechtlichen Verband aufschwingen kann, daß er sich als solcher geriert. (2) Der DFB als eingetragener Verein und damit als Rechtssubjekt des Privatrechts könnte jedoch den Grundrechten unterstehen, weil er öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Eine solche Überlagerung der privatrechtlichen Regeln durch öffentlichrechtliche Grundsätze wie die Grundrechte und das Gebot einer demokratischen Binnenstruktur ist von Leßmann (3) und Reuter (4) vertreten worden.

(1) siehe Schlosser S. 69 f.

(2) a. A. offenbar Herbert Krüger FS f. Huber S. 95 ff.)

(3) Leßmann Die öffentlichen Aufgaben S. 221 ff, 238 ff.)

(4) Münchener Kommentar-Reuter BGB vor § 21 Rdn. 114 ff.)

Reuter begründet eine Drittwirkung der Grundrechte (1) für solche Verbände, die die externe Repräsentation eines gesellschaftlichen Interesses übernehmen, was auch für den DFB zuträfe. Gegenüber allen diesen Versuchen, aus dem öffentlichen Charakter von Aufgabenwahrnehmung (2) bei aller grundsätzlichen Betonung des privatrechtlichen Grundcharakters (3) Konsequenzen für öffentlichrechtliche Bindungen der Verbände abzuleiten, ist einzuwenden, daß sich Öffentlichkeit und öffentliches Recht eben nicht decken. Eine Aufweichung des Begriffs des öffentlichen Rechts durch den diffusen Begriff der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist abzulehnen. Die Übertragung verfassungsrechtlicher Grundsätze auf sog. Verbände (4) im Sinne eines quasi öffentlichrechtlichen Sonderstatus (5) ist daher abzulehnen. (6) Daß die Sportförderung öffentliche Aufgabe des Staates - nicht des DFB-ist, (7) ändert daran nichts.

## 2.) Der Begriff des Vereinsverwaltungsaktes

Bisweilen wurde versucht, Maßnahmen des DFB als Vereinsverwaltungsakte zu qualifizieren oder ein besonderes Gewaltverhältnis zwischen DFB und Spieler zu konstruieren.

- (1) Münchener Kommentar-Reuter BGB vor § 21 Rdn. 116
- (2) Leßmann Die öffentlichen Aufgaben S. 221 ff.
- (3) Leßmann Die öffentlichen Aufgaben S. 165 ff.; siehe auch Herrmann AcP 178 (1978), 74 f.)
- (4) womit eine rechtsstaatliche und demokratische Binnenverfassung nicht unbedingt ausgeschlossen ist, siehe H. H. Rupp AöR 101 (1976), 188 ff.; Göhner DVBl 1980, 1035; Suhr Entfaltung der Menschen S. 174 ff., der von Münchener Kommentar-Reuter BGB vor § 21 Rdn. 116 überinterpretiert wird.
- (5) Leßmann Die öffentlichen Aufgaben S. 238 ff.; Münchener Kommentar-Reuter BGB vor § 21 Rdn. 114
- (6) so auch Staudinger-Coing BGB vor § 21 Rdn. 42; H. H. Rupp AöR 101 (1976), 188; ders., Schriften des Vereins für Socialpolitik NF 4 (1973), 1251 ff.; Bethge S. 390 f.; Herrmann AcP 178 (1978), 81 f; zweifelnd auch Göhner DVBl 1980, 1035
- (7) siehe Schuppert VerwArch 71 (1980), 314, 321

Den Begriff des Vereinsverwaltungsaktes verwendet insbesondere Schlosser, (1) der darunter eine Maßnahme eines Organs eines privatrechtlichen Vereins zur einseitigen Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des privaten Vereinsrechts versteht. Diese Definition entspricht bis auf das Merkmal des privatrechtlichen Vereinshandelns, das das Handeln einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ersetzt, der Legaldefinition des Verwaltungsakts in § 35 VwVfG, wonach Verwaltungsakt jede Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalles mit Außenwirkung ist. (2) Schlosser geht dabei davon aus, daß der Verein zu einseitigen Maßnahmen zur Regelung eines Falles befugt ist, (3) und sieht die Aufnahme des Spielers in die DFB-Transferliste und die Freigabe beim Vereinswechsel als begünstigende Verwaltungsakte an. (4) Auffällig an der Vorgehensweise Schlosser's ist dabei zunächst, daß er vom tatsächlichen Befund, von dem tatsächlich von den Vereinen getroffenen Regelungen ausgeht, (5) um hernach ein für diese Wirklichkeit passendes Rechtsinstitut neu zu entwickeln, statt umgekehrt die Praxis an normativ vorgegebenen Maßstäben zu messen. Dieser Einwand ist jedoch nur marginal angesichts der Bedenken, die aus der Parallelität von Vereinsverwaltungsakt und öffentlichrechtlichem Verwaltungsakt resultieren. Das Recht zu einseitigen Maßnahmen billigt Schlosser den Vereinen wegen des Unterworfenenseins des Vereinsmitglieds unter eine privatrechtliche Gewalt (6) zu und behauptet, es gebe im Vereinsrecht privatrechtliche Subordinationsbeziehungen.

(1) Schlosser S. 49, 69 f.; ders., MDR 1967, 884; ders., MDR 1967, 961; ebenso Meyer-Cording S. 75 ff.)

(2) Meyer-Borgs VwVfG § 35 Rdn. 10; Stelkens-Bonk-Leonhardt VwVfG § 35 Rdn. 4, 6; Wolff-Bachof I § 46 I c)

(3) Schlosser MDR 167, 885

(4) Schlosser S. 70

(5) Schlosser S. 20 ff., 60

(6) Schlosser MDR 1967, 885

Kennzeichen des - staatlichen - Verwaltungsaktes ist, daß er in einem Subordinationsverhältnis zwischen Bürger und Staat als einseitige Maßnahme des Staates ergeht. (1)

Die originäre Befugnis des Staates, den Staatsbürgern gegenüber einseitig im Rahmen eines allgemeinen Subordinationsverhältnisses Zwangsmaßnahmen aufzuerlegen, ist mit im Privatrecht gelegentlich vorkommenden Machtgefällen nicht vergleichbar. Die materiellrechtliche Bedeutung des Verwaltungsakts liegt in seiner Bedeutung als Rechtsquelle, durch die die Verwaltung mit unmittelbarer Rechtswirkung Rechte und Pflichten einseitig schaffen kann. (2) Maßnahmen im Vereinsrecht entbehren dieses unmittelbaren gestaltenden Charakters; mindestens kann sich das Vereinsmitglied durch Austritt den Vereinsmaßnahmen entziehen. Die vollstreckungsrechtliche Bedeutung des Verwaltungsakts liegt darin, daß er Titel für den Verwaltungszwang ist und durch die Behörde bei Unanfechtbarkeit unmittelbar durch Zwangsmittel durchgesetzt werden kann. (3) Im Privatrecht ist hingegen die Hinzuziehung eines staatlichen Gerichts vonnöten. Der Gesichtspunkt eines Machtgefälles oder der zivilrechtlichen - freiwilligen! - Ein- oder Unterordnung in einem Verein reicht nicht aus, um den Verwaltungsaktsbegriff mit allen Konsequenzen (4) ins Privatrecht zu übertragen. Schlosser erreicht auch nicht die Kontrolle von Macht im Vereinsrecht, sondern billigt den Vereinen im Gegenteil gerade die originären quasistaatlichen Eingriffsbefugnisse zu, die, was Schlosser (5) selbst intendiert, zu begrenzen sind.

- (1) Wolff-Bachof I § 46 I a); Eyermann-Fröhler VwGO § 42 Rdn. 13,14; umgekehrt ist das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses nicht bestimmend für die Zuordnung zum öffentlichen Recht; Stellkens-Bonk-Leonhardt VwVfG § 35 Rdn. 64 ff.; Wolff-Bachof § § 22 II
- (2) Meyer-Borgs VwVfG § 35 Rdn. 4; Kopp VwVfG § 35 Rdn. 4
- (3) Meyer-Borgs VwVfG § 35 Rdn. 7; Wolff-Bachof I § 46 I a)
- (4) siehe Schlosser MDR 1967, 884; ders. MDR 1967, 961
- (5) Schlosser MDR 1967, 884



Vom "Vereinsverwaltungsakt" bis zur Zuerkennung von realen Kompetenzen zum Eingriff in fremde Rechte, die durch das positive Privatrecht nicht abgedeckt sind, ist es nun nur noch ein kleiner konsequenter Schritt. Schlosser gibt dem Vereinshandeln den quasi-hoheitlichen Anstrich, in dem es sich zuweilen geriert, und legitimiert so ex post die Ausübung von Vereinsmacht, statt sie zu begrenzen. Das Vereinsmitglied selbst und seine privatautonome Befugnis, sich freiwillig in Vereinen zu organisieren, wird völlig aus dem Blick verloren. Hier, und nicht bei der unmittelbaren Grundrechtswirkung unter Privaten liegt in der Tat die von Dürig (1) beschworene Gefahr der schleichenden Verstaatlichung des Privatrechts. Zutreffend hat Bethge (2) darauf hingewiesen, daß die Bemühung des Verwaltungsaktsbegriffs des öffentlichen Rechts auch deshalb verfehlt ist, weil im öffentlichen Recht eine Abkehr vom Verwaltungsaktsbegriff und eine Hinwendung zum Begriff des Verwaltungsrechtsverhältnisses zu konstatieren ist. (3) Der Flucht ins Privatrecht seitens des Staates wird von Schlosser in Verkehrung der Fronten die Flucht der Privaten ins öffentliche Recht gegenübergestellt. (4) Die Konstruktion eines "Vereinsverwaltungsakts" erweist sich demnach als untauglicher Versuch, eine grundrechtliche Beschränkung von Verbandsmacht herzustellen, der im Gegenteil diejenigen Eingriffskompetenzen erst herbeisuggeriert, die den Vereinen als Rechtssubjekten des Privatrechts abgeht.

Leisner (5) und Nicklisch (6) haben versucht, öffentlichrechtliche Grundsätze und damit die Grundrechtsgeltung über die Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses in die Beziehungen von Verein und Mitglied bzw. Arbeitgeber und Arbeitnehmer einfließen zu lassen.

(1) Dürig FS f. Nawiasky S. 184

(2) Bethge S. 390 f.; gegen Anleihen im öffentlichen Recht auch Zöllner ZJP 83 (1970), 386 f.

(3) siehe Meyer-Hesemann DVBl 1980, 870; Bachof VVDStRL 30 (1972), 230 ff; Scholz VVDStRL 34 (1976), 157

(4) siehe Bethge S. 390

(5) Leisner S. 271

(6) Nicklisch JZ 1976, 113

Insbesondere Leisner (1) hat das Arbeitsverhältnis als dem staatlichen besonderen Gewaltverhältnis verwandtes Gewaltverhältnis, das durch den Ordnungsgedanken, das Direktionsrecht des Arbeitgebers und die Gewaltunterworfenheit des Arbeitnehmers gekennzeichnet sei, angesehen. Diesen Versuchen, das Arbeitsverhältnis von einem schuldrechtlichen Austauschverhältnis in ein Verhältnis der Gewaltunterworfenheit umzuinterpretieren, ist insbesondere Ramm (2) entgegengetreten. Es ist mehr als verwunderlich, daß, nachdem das besondere Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht (3) spätestens seit der Strafgefangenenentscheidung des BVerfG (4) als Rechtsinstitut verabschiedet worden ist (5) und sich die Erkenntnis durchgesetzt hat, daß Strafgefangenen-, Beamten- und Schulverhältnis Rechtsverhältnisse sind, in denen die Grundrechte gelten, (6) gleichsam in Umkehrung der Fronten eben dieses besondere Gewaltverhältnis im Privatrecht reinkarniert wird. (7) Alle Versuche, mittels Anleihen aus dem öffentlichen Recht wie dem Verwaltungsaktsbegriff und dem besonderen Gewaltverhältnis eine grundrechtskonforme Gestaltung von Privatrechtsbeziehungen abzuleiten, sind daher abzulehnen.

(1) Leisner S. 258 f., 264, 271, 276

(2) Ramm JZ 1964, 584; ders. AuR 1963, 99

(3) als Ausdruck der Vorstellung, daß in die Staatsorganisation einbezogene Personen wie Beamte und Schüler dieser nicht als eigene Rechtspersönlichkeiten gegenüberstehen, sondern reinem Innenrecht unterliegen; Erichsen FS f. Wolff S. 220 ff; ders. Staatsrecht I S. 151 f.; Kiepe DÖV 1979, 400

(4) BVerfGE 33, 1; auch 3VerfGE 39, 366 zum Beamtenverhältnis

(5) Kiepe DÖV 1979, 402, Bethge S. 391; Meyer-Borgs VwVfG § 35 Rdn. 28

(6) Löhning S. 84 ff., 139; Kiepe DÖV 1979, 402 f.; BVerfGE 33, 1; 40, 237; 41, 251; Ossenbühl DÖV 1977, 801; Kästner DÖV 1977, 501; Gramlich BayVBl 1980, 359 f.

(7) so auch Bethge S. 391; ablehnend außerdem Stern Grundrechte der Sportler S. 143

## § 9 Drittwirkung der Berufsfreiheit als Auslegungsproblem

Bei der derartigen Fülle von Versuchen, eine Anwendbarkeit "der" Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen zu begründen, (1) die sich zudem nicht als zwingend erwiesen haben, überrascht, daß bisher noch nichts unternommen worden ist, die Anwendbarkeit des Art. 12 GG im Privatrecht durch Auslegung der Verfassung selbst normativ herauszuarbeiten.

### 1.) Art. 12 GG als interpretativer Maßstab zivilrechtlichen Verhaltens

Die Auslegung des Zivilrechts auf der Grundlage der Verfassung und damit des Art. 12 GG kann auf unterschiedliche methodische und normative Ansätze zurückgreifen.

#### a) Verfassungskonforme Auslegung

Die Regelungen über Ablösesummen können einer verfassungskonformen Auslegung unterzogen werden. Verfassungsmäßige Auslegung ist zunächst Auslegung unterverfassungsrechtlicher Normen an den Maßstäben der Verfassung mit dem Ziel der Normerhaltung. (2) Die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zwingt zu der Prüfung, ob das Gesetz nicht mit veränderter Auslegung als verfassungskonform angesehen werden kann. (3)

(1) siehe auch die zutreffende Kritik bei Bethge S. 386 ff.

(2) BVerfGE 2, 282; Göldner S. 44 ff.

(3) BVerfGE 2, 282; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 20 Rdn. 63, 67; siehe weiter Stern Staatsrecht II S. 958 f.; Prümm S. 56 ff., 111 ff.; Steinwedel S. 63 ff.

Göldner (1) geht über diese in der Normerhaltung liegende Funktion der verfassungskonformen Auslegung hinaus und sieht auch die verfassungserhaltende Normanwendung und damit letztlich jede Rechtsanwendung als Fall der verfassungskonformen Auslegung an. Damit erst kann die verfassungskonforme Auslegung auch dort nutzbar gemacht werden, wo es nicht um die Kontrolle von Gesetzen, sondern der Grundrechtswidrigkeit von Verträgen (2) geht. So fordert das BVerfG (3) im Lüth-Urteil die verfassungskonforme Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln. (4) Die normative Einbindung der Verfassung in die Auslegung des Zivilrechts vollzieht sich dabei nicht als Ausnahmetatbestand als Gegensatz zu gewöhnlicher Auslegung, (5) sondern als gewöhnliche Form der Auslegung, bei der stets normativer Anknüpfungspunkt und weitere zu berücksichtigende Rechtsnormen in enger Beziehung zu sehen sind. (6) Erinnt sei schließlich daran, daß die verfassungskonforme Auslegung keine Besonderheit des Zivilrechts ist. (7) Aus dem Erfordernis der verfassungskonformen Auslegung als Berücksichtigung von Verfassungsnormen bei der Zivilrechtsauslegung ergibt sich grundsätzlich, daß auch die Regelung über Ablösesummen im DFB-Lizenzspielerstatut entsprechend dem Art. 12 GG auszulegen sind.

b) Verfassungsrecht als Rechtsnorm im zivilrechtlichen Sinne

Das Art. 12 GG bei der Auslegung der Regelung der Ablösesummen zu beachten ist, folgt - außer aus dem Prinzip der verfassungskonformen Auslegung - auch aus Art. 2 EGBGB. Darauf, daß Art. 2 EGBGB, wonach Gesetz im Sinne des BGB und des EGBGB jede Rechtsnorm ist,

- (1) Göldner S. 46 f.
- (2) Formulierung von Ramm Die Freiheit der Willensbildung S. 62
- (3) BVerfGE 2, 205
- (4) zutreffend Göldner S. 47
- (5) so aber Michel JuS 1961, 275
- (6) Göldner S. 53 f.
- (7) Schwabe AöR 100 (1975), 448; Göldner S. 55; siehe ferner Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132; BaWüVGH DöV 1958, 394

auf formelle Gesetze (1) und damit auch auf das GG als bei der Anwendung des BGB zu berücksichtigende Vorschriften verweist, haben schon früh nach Inkrafttreten des GG Herbert Krüger (2) und schließlich Göldner (3) hingewiesen. Damit konstatiert das positive Zivilrecht selbst die Anwendbarkeit von Verfassungsnormen als formelle Gesetze für die Auslegung des Zivilrechts. Art 2 EGBGB führt dazu, daß Art. 12 GG als Gesetz i. S. d. BGB Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB ist. (4) Auf Werte braucht zur Begründung der Anwendbarkeit der Grundrechte nicht mehr rekuriert werden. Die Verbindung zwischen Zivilrecht und Verfassungsrecht wird durch Art. 2 EGBGB über § 134 BGB selbst gesucht und hergestellt. Ob ein Grundrecht Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB ist, muß für jedes Grundrecht gesondert festgestellt werden. (5) Dabei ist es nicht erforderlich, daß die Norm ein ausdrückliches Verbot aufstellt, (6) sondern ausreichend, daß das Verbot sich aus dem Sinn der Regelung ergibt (7) und sich auf den Erfolg und nicht nur auf die Modalität des Handelns bezieht. (8) Wendet sich das Verbot nur gegen die Form und Art und Weise der Vornahme eines Geschäfts oder gegen seine Umstände, so tritt keine Nichtigkeit ein. (9)

§ 134 BGB wird als die Nichtigkeit von Verträgen anordnende Vorschrift ebenfalls beim öffentlichrechtlichen Vertrag gemäß der auf die BGB-Vorschriften verweisende Vorschrift des § 59 I VwVfG angewandt. (10)

- (1) Palandt-Heinrichs BGB Art. 2 EGBGB Anm. 1 a)
- (2) Herbert Krüger NJW 1949, 165
- (3) Göldner S. 54
- (4) so zutreffend Herbert Krüger NJW 1949, 165; daß die Grundrechte Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB sind, bejahen ohne Hinweis auf Art. 2 EGBGB weiter Nipperdey FS f. Molitor S. 24 = Grundrechte und Privatrecht S. 17 f.; Neumann-Duesberg JZ 1964, 186; BAG NJW 1962, 1983; LAG Berlin NJW 1979, 2582; Leisner S. 403; Palandt-Heinrichs BGB § 242 Anm. 1 d)
- (5) ob ein gesetzliches Verbot gewollt ist, ist für jede Rechtsnorm gesondert zu bestimmen. Stelkens-Bonk-Leonhardt VwVfG 659 Rdn. 30; Palandt-Heinrichs BGB § 134 Anm. 2 a)
- (6) a. A. lediglich Knack VwVfG § 59 Rdn. 3
- (7) Meyer-Borgs VwVfG § 59 Rdn. 8; Ule-Laubinger S. 354; Schenke JuS 1977, 289; Palandt-Heinrichs BGB § 134 Anm. 2 d); BGHZ 51, 262
- (8) Palandt-Heinrichs BGB § 134 Anm. 2 a); Schenke JuS 1977, 289; Frank DVBl 1977, 683
- (9) Palandt-Heinrichs BGB § 134 Anm. 2 a)
- (10) siehe Meyer-Borgs VwVfG § 59 Rdn. 7; BayVGH DÖV 1976, 99; BVerwG NJW 1976, 686; Wolff-Bachof I § 44 II e) 1); Göldner JZ 1976, 358; Schenke JuS 1977, 288

§ 59 I VwVfG verweist auch auf § 138 BGB. (1) Dabei interessiert zunächst, daß im Rahmen des § 59 VwVfG Fälle der Verletzung des § 134 BGB und des § 138 BGB tatbestandlich exakt unterschieden werden. (2) Im Rahmen des § 138 BGB i. V. m. § 59 VwVfG werden Grundrechtsverstöße nicht angesprochen, (3) so daß auch im Vergleich zur Regelung des öffentlichrechtlichen Vertrages sich das Ergebnis bestätigt, daß einem Einfluß der Grundrechte auf § 138 BGB im Sinne der Theorie der mittelbaren Drittwirkung (4) Grenzen gesetzt sind. Zwar betrifft § 138 i. V. m. § 59 VwVfG auch die Ausnutzung einer einseitigen Überlegenheit oder eines Machtgefälles, (5) wie auch allgemein im Zivilrecht § 138 die mißbräuchliche Ausnutzung sozialer Macht betrifft, (6) jedoch nicht den Aspekt der Grundrechtswidrigkeit. Dadurch, daß im Rahmen von § 134 jeweils im einzelnen zu prüfen ist, ob die betreffende Norm ein Verbot des Handlungserfolges beinhaltet, (7) kann nun zwischen den einzelnen Grundrechten als im Privatrecht zu beachtenden Verbotsgesetzen methodisch exakt differenziert werden. Da nicht jeder Verstoß gegen eine Rechtsnorm zur Nichtigkeit des Vertrages führt, (8) führt auch nicht jeder Verstoß gegen ein Grundrecht automatisch zur Nichtigkeit des zivilrechtlichen Vertrages.

- (1) Kopp VwVfG § 59 Rdn. 10; Stelkens-Bonk-Leonhardt VwVfG § 59 Rdn. 18; Meyer-Borgs VwVfG § 59 Rdn. 11; Knack VwVfG § 59 Rdn. 3, 2
- (2) siehe nur Knack VwVfG § 59 Anm. 3; Stelkens-Bonk-Leonhardt VwVfG § 59 Rdn. 18, 31
- (3) vgl. Stelkens-Bonk-Leonhardt VwVfG § 59 Rdn. 18; Knack VwVfG § 59 Rdn. 3, 2
- (4) siehe Dürig FS f. Nawiasky S. 178; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 132
- (5) Kopp VwVfG § 59 Rdn. 11; Stelkens-Bonk-Leonhardt VwVfG § 59 Rdn. 18, Knack VwVfG § 59 Rdn. 3; vgl. auch BVerwGE 42, 342 f.
- (6) Palandt-Heinrichs BGB § 138 Anm. 2 b), 5 n); BGHZ 19, 94; Fulter BB 1978, 938
- (7) Palandt-Heinrichs BGB § 134 Anm. 2 a); Stelkens-Bonk-Leonhardt VwVfG § 59 Rdn. 30; Schenke JuS 1977, 289; Frank DVBl 1977, 683; Meyer-Borgs VwVfG § 59 Rdn. 7; BGHZ 46, 26; BGH NJW 1968, 2286; BGH DÖV 1976, 356
- (8) Palandt-Heinrichs BGB § 134 Anm. 2 a); Schenke JuS 1977, 289; Stelkens-Bonk-Leonhardt VwVfG § 59 Rdn. 30; Knack VwVfG § 59 Rdn. 3)

Art. 12 GG ist nur dann Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB, wenn sich die Vorschrift gegen den Handlungserfolg und nicht nur die Modalität des Vertragsschlusses richtet (1) und wenn es mit dem Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die vertragliche Regelung bestehen zu lassen. (2) Diese Voraussetzungen wurden von Nipperdey (3) für Art. 1 I GG bejaht. Für Art. 12 GG wurden die Voraussetzungen des § 134 BGB vom LAG Berlin (4) bejaht. Nach Art. 12 GG haben alle Deutschen das Recht auf freie Berufswahl. Art. 12 GG beinhaltet dabei das Verbot, die freie Wahl des Berufs zu verhindern oder zu unterbinden und so dem einzelnen die von ihm gewollte berufliche Betätigung zu untersagen. (5) Art. 12 GG richtet sich gegen Arbeitsverklavung in den verschiedensten Formen (6) und stellt eine Reaktion gegen die nationalsozialistische Berufslenkung mit ihrem mittelbaren und unmittelbaren Zwang dar. (7) Demnach kann kein Zweifel daran bestehen, daß Art. 12 GG sich gegen den Erfolg einer Berufsbeschränkung richtet und nicht, zumindest aber nicht nur die Modalität des Handelns mißbilligt. Mit Art. 12 GG ist es auch unvereinbar, eine rechtswidrige Einschränkung der Berufsfreiheit fortbestehen zu lassen; eine Heilung des Verstoßes gegen Art. 12 GG durch spätere Handlungen und Ausführungsakte ist nicht möglich. Art. 12 GG ist damit Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB. Im Rahmen des § 134 - anders bei § 138 - (8) kommt es auf das Vorliegen sozialer Macht oder einer Monopolstellung nicht an. (9)

- (1) siehe Palandt-Heinrichs BGB § 134 Anm. 2 a); Schenke JuS 1977, 289; Frank DVBl 1977, 683
- (2) siehe BGHZ 46, 26; BGH DöV 1976, 356; Stelkens-Bonk-Leonhardt VwVfG § 59 Rdn. 30
- (3) Nipperdey Die Grundrechte II S. 36
- (4) LAG Berlin NJW 1979, 2582
- (5) von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. II 3) a)
- (6) von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. II 1)
- (7) von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. II 1); OVG Münster NJW 1954, 1621
- (8) siehe Palandt-Heinrichs BGB § 138 Anm. 2 b); BGHZ 19, 94; Fulter BB 1978, 938; Kopp VwVfG § 59 Rdn. 11; Stelkens-Bonk-Leonhardt VwVfG § 59 Rdn. 18; Knack VwVfG § 59 Rdn. 3)
- (9) LAG Berlin NJW 1979, 2583



## 2.) Vorrang der Verfassung

Die Anwendbarkeit des Art. 12 GG in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen kann nicht nur durch Auslegung des Zivilrechts, sondern auch durch Auslegung des Art. 12 GG selbst begründet werden. Art. 12 GG könnte im Rechtsverhältnis zwischen DFB, Verein und Spieler wegen des Vorranges der Verfassung unwendbar sein. Keine unterverfassungsrechtliche Rechtsnorm darf im Widerspruch zur Verfassung stehen, da die Verfassung als Inbegriff von Normen mit höchstem Geltungsrang Vorrang besitzt. (1) Damit hat die Verfassung auch Vorrang vor Verträgen, die ja in Ausnutzung der Verträge zulassenden Bestimmungen des BGB geschlossen werden können. Da Verträge keine Rechtsnormen sind, haben sie erst die Verfassung zu beachten. Art. 12 GG hat daher auch gegenüber den vertraglichen Regelungen über Ablössummen Vorrang.

## 3.) Die funktionale Bedeutung der Verfassung

Die Anwendbarkeit des Art. 12 GG in den hier thematisierten Rechtsverhältnissen wird durch die Funktion des Art. 12 GG in der Verfassung und im positiven Rechtssystem mitbestimmt. Nachdem die Grundrechte längst aus den angeblichen historischen Fesseln der reinen staatsgerichteten Abwehrfunktion emanzipiert wurden und nunmehr gerade vor dem Normbereich der Grundrechte von deren Multifunktionalität auszugehen ist, (2) muß der Erkenntnis Tribut gezollt werden, daß die Bedeutung der Grundrechte maßgeblich durch ihre Funktion, d. h. durch den Bezug von Zweck und Wirkung der Norm bestimmt wird. (3)

- (1) Wolff-Bachof I § 26 III; Stern Staatsrecht I S. 85; Erichsen-Martens § 8 IV; Bonner Kommentar-Stern GG Art. 100 Rdn. 22
- (2) Erichsen Staatsrecht I S. 154 f.; Bethge S. 218 f.; N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 80, 134; Wilke S. 204 ff.
- (3) Krawietz Das positive Recht und seine Funktion S. 19, 21 ff.; N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 13; Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 96

Dabei erlaubt die Bestimmung der Grundrechtsfunktion Rückschlüsse auf den Normgehalt. (1) Die Funktion der Berufsfreiheit besteht in der Gewährleistung eines individuellen Freiheitsbereichs für die gesamten Betätigungen zur Erzielung des Lebensunterhaltes als Selbständiger oder abhängig Beschäftigter. (2) Zur Gewährleistungsfunktion ist die Ausübungsfunktion korrelativ. (3) Ausübung der Berufsfreiheit bedeutet die konkrete individuelle Entscheidung für einen bestimmten Beruf. Die Gewährleistung garantiert nicht die Ausübung als solche, ermöglicht sie aber normativ-generell. Gestützt ist die Freiheit der Ausübung. Dort, wo die Ausübung der Berufsfreiheit an privatrechtliche Grenzen stößt, wird die Gewährleistung verkürzt. Dabei geht es nicht um eine allseitige Richtung der Grundrechte, sondern um die funktionale Bedeutung der realen Ausübbarkeit. Normzweck und Normwirkung müssen gerade in ihrem Bezug gesehen werden. Störfelder privatrechtlicher Grundrechtsausübungsbeschränkungen müssen daher auf der Ebene der Gewährleistung normativ-interpretativ aufgefangen werden, um das Zweck-Wirkungsverhältnis wieder zu korrelieren. Dabei schließt die Funktion der Verfassung als normative Ausschaltung unerwünschten Verhaltens eine Überdehnung der Grundrechte zu allseitigen Teilhabe- und Leistungsrechten, die zu immensen Leistungsanforderungen an den Staat und damit zu einer grundrechtsdrapierten Gesellschaftsplanung führt, (4) aus. Darin beschränken sich die Funktionen des Art. 12 GG nicht. Die Verfassung und damit auch die Grundrechte haben im Kontext gesellschaftlich-staatlichen System- und Subsystembildungen die Funktion, Bedingungen der Kompatibilität der einzelnen Systeme zu schaffen. (5)

(1) Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 99

(2) Grundrechtsgewährleistungsfunktion; siehe Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 106

(3) Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 106

(4) siehe auch Bethge S. 220 f.; Maunz BayVB1 1975, 601

(5) N. Luhmann Der Staat 1973, 165 f.

In der säkularisierten Welt des Rechts sind die Grundrechte nicht das, was die Welt im innersten zusammenhält, wohl aber Konstitutionsprinzipien für die kontingente Systembildung, die das Maß der Autonomie der Teilsysteme und damit auch die positivrechtlich geregelten Autonomiebereiche bestimmt. Für Vereinsautonomie, Autonomie des Sports und Privatautonomie wurde dies oben bereits dargestellt. Notwendig ist es, den Blick von der vermeintlich nur negativen Bedeutung der Grundrechte als Einschränkungen von Autonomie, was nichts weniger als ein Relikt der These der Vorstaatlichkeit der betreffenden Autonomiebereiche ist, zu wenden und vielmehr zu realisieren, daß dadurch, daß die Grundrechte Autonomiebereiche erst konstituieren, sie für jene eine positive Bedeutung als konkrete Gewährleistungen erhalten. Damit ist gleichzeitig ausgesagt, daß das Zivilrecht seine Eigenständigkeit erst durch das Verfassungsrecht erhält. Neben der Verfassung oder gar gegen die Grundrechte kann kein privatrechtlicher Freiheitsbereich bestehen. Als Andeutung schwingt dieser Tatbestand in den Formulierungen von objektiver Ordnung (1) und ordre public, (2) die die Grundrechte aufstellen sollen, mit. Wenn auch eine interaktionistische oder reflexive Rückkoppelung zwischen Grundrecht und Autonomiebereich allein schon durch das Kontingenzerfordernis besteht, (3) so sind doch auf Grund der Funktion des Art. 12 GG für die Kompatibilität der Subsysteme (4) die vertraglichen Regelungen zwischen DFB, Spielern und Vereinen an dem normativen Gehalt des Art. 12 GG zu messen und nicht umgekehrt. Die Grundrechtsgeltung - zugunsten aller Beteiligten - soll nicht Freiheitsräume vernichten, sondern im Gegenteil Freiheit optimal zur Geltung bringen. Die funktionale Bedeutung des Art. 12 GG erfordert daher die Erstreckung seines Anwendungsbereiches auch auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse.

(1) BVerfGE 7, 204

(2) BAGE 4, 274; BAG NJW 1962, 1982

(3) siehe N. Luhmann Der Staat 1973, 166 ff.; Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 106

(4) N. Luhmann Der Staat 1973, 166, 168 ff.

#### 4.) Schutzfunktion des Art. 12 GG

Die Bedeutung der Gewährleistung der Berufsfreiheit kann im Spannungsfeld zwischen faktischen Zwängen des Arbeitslebens und staatlicher Regelungskompetenz nicht ausreichend gewürdigt werden, wenn nur die Abwehr staatlicher Zwangsmaßnahmen betrachtet wird. Art. 12 GG gewährleistet eine freiheitliche Konzeption des Berufs- und Gewerbewesens. (1) Art. 12 GG gewährleistet selbständige und unselbständige Berufstätigkeit. (2) Während der selbständig Tätige in der freien beruflichen Betätigung von vornherein nur durch den Staat eingeschränkt werden kann, sieht sich der Arbeiter oder Angestellte nicht nur dem Staat, sondern vor allem dem Arbeitgeber und seinen Kompetenzen zur Ausgestaltung der arbeitsvertraglichen Pflichtenstellung des Arbeitnehmers im Rahmen der Direktionsbefugnis gegenüber. Die Kongruenz von staatlicher und vom Arbeitgeber ausgehender Regelungen zeigt sich deutlich bei Berufsausübungsregelungen. Die gesetzliche Berufsausübungsregelung setzt der Arbeitgeber im Rahmen seiner Direktionsbefugnis durch und im Arbeitsverhältnis real um. Mit der staatlichen Norm wird der Arbeitnehmer durch das Medium der - vertraglich begründeten - Anordnungen des Arbeitgebers konfrontiert. Die reale Ausübung der Berufsfreiheit ist in hohem Maße von der vertraglichen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und von der Ausübung der Direktionsbefugnis abhängig. Diese müssen daher ihrerseits dem Maßstab der Grundrechte unterzogen werden. Daß die Umsetzung der rechtlichen Macht des Arbeitgebers in die konkrete Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses zur Statuierung quasinnormativer Regelungen neigt, zeigt gerade das Beispiel des DFB.

(1) Stern Grundrechte der Sportler S. 154

(2) BVerfGE 7, 398; Bachof Die Grundrechte III/1, S. 182; von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. III 1); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 21

Obwohl die Rechtsbeziehungen zwischen DFB und Spieler allein vertraglicher Natur sind, wirken sich deren Bestimmungen wegen der Tatsache, daß der DFB zur Aufrechterhaltung eines geordneten Spielbetriebes stets gleiche Verträge schließt, quasinnormativ als abstrakt-generelle Voraussetzungen von Berufsaufnahme und Berufsausübung aus. Sie bedürfen daher der Kontrolle durch das staatliche Recht und durch die Grundrechte. Die Anwendung der Grundrechte ist Korrelat zur grundsätzlichen Freiheit der Beteiligten, ihre Rechtsbeziehungen zu gestalten und den Besonderheiten des Sportes Rechnung zu tragen, ohne daß gesetzliche Regelungen die Feinabstimmung der Interessen vornehmen. (1) Daß Beruf Tätigkeit zur Schaffung der Lebensgrundlage ist, (2) erhellt die existenzielle Bedeutung des Grundrechts. Die Lebensgrundlage kann dem Arbeitnehmer nur der Arbeitgeber vermitteln. Der Bereich der Freiheit zur Schaffung der Lebensgrundlage muß auch jenem gegenüber abesteckt werden. Grundrechtskonformität der vertraglichen Beziehungen zwischen abhängig Beschäftigten und die berufliche Tätigkeit konkret Regelndem und Vermittelndem ist durch Art. 12 GG geboten. Art. 12 GG ist daher auch in den Rechtsbeziehungen zwischen DFB, Spielern und Vereinen anwendbar. (3) Art. 12 GG begründet keine Leistungs- oder Teilhaberechte im privatrechtlichen Bereich, wohl aber Abwehrrechte gegen rechtswidrige Einschränkungen der Berufsfreiheit. Art. 12 GG enthält somit privatrechtliche Gegenrechte, die Beeinträchtigungen des Grundrechts im deliktischen und im vertraglichen Bereich entgegengesetzt werden können.

- (1) Von umfassender gesetzlicher Regelung erhofft sich hingegen Burmeister DöV 1978, 3, der mit den Praktiken des DFB hart ins Gericht geht, eine Kontrolle der Macht des DFB. Die von Burmeister geforderte rechtliche Kontrolle läßt sich jedoch mit den Mitteln des geltenden - Verfassungs - Rechts realisieren.
- (2) BVerwGE 22, 289; BVerfGE 7, 377
- (3) siehe auch Preis S. 34 ff.

Was Ablösesummen angeht, so reicht die Gewährung von Leistungs-  
verweigerungsrechten nicht aus, da die Freigabe nicht mehr an  
eine Leistung des Spielers gebunden ist. Im vertraglichen Bereich  
ist Art. 12 GG jedoch als Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB anzu-  
sehen, wobei sein spezifischer verfassungsrechtlicher Gehalt durch  
Auslegung zu ermitteln ist. Nichtig ist jedoch nur der grundrechts-  
widrige Teil des Vertrages und nicht der gesamte Vertrag, da nur  
so eine grundrechtskonforme Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen  
erreicht werden kann und es der Grundrechtsgeltung (Art. 12 GG)  
gerade zuwider liefe, dem Spieler - durch Nichtigkeit des gesamten  
Vertrages nach § 139 - die gesamte Rechtsstellung zu entziehen.  
Allgemein ist in Lit. (1) und Rspr. (2) anerkannt, daß ein Verstoß  
gegen ein Gesetz, das einen Vertragspartner vor besonders nach-  
teiligen Klauseln schützt, nur die betreffende Klausel nichtig macht  
und § 139 BGB keine Anwendung findet. Nichtig sind daher nur die  
grundrechtswidrigen Teile der vertraglichen Abreden zwischen den Be-  
teiligten. Art. 12 GG ist mit diesen Maßgaben im Rechtsverhältnis  
zwischen DFB, Vereinen und Spielern unmittelbar anwendbar. (3)

(1) Palandt-Heinrichs BGB § 139 Anm. 6

(2) BGH NJW 1977, 1058; BAG NJW 1979, 2119; BGHZ 40, 239

(3) so auch Rauball Der Bundesligaskandal S. 281 ff.; Stern Grund-  
rechte der Sportler S. 152, 154; K. H. Schmidt RdA 1972, 92;  
offengelassen bei Preis S. 34 ff.

## § 10 Rechtsverletzung durch Verweigerung der Freigabe

### 1.) Self-restraint und Methodenwahl

Bevor aus Art. 12 GG Folgerungen gezogen werden, ist die interpretatorische Kontrollidichte abzustecken. Vor dem Hintergrund von Warnungen, die Verfassung zu überdehnen, (1) ist entsprechend der Forderung nach richterlicher Selbstbeschränkung - judicial self-restraint - (2) die Forderung nach interpretatorischem self-restraint (3) laut geworden. Bei der Präzisierung des Normbereichs und der Bestimmung von Verletzungshandlungen führt interpretatorischer self-restraint dazu, eigene Wunschvorstellungen über den Sport hintanzustellen und nicht in den Fehler zu verfallen, Emotionen, die die Beurteilung sportlicher Wettkampfergebnisse bestimmen, auf die rechtliche Beurteilung zu übertragen. Auf der anderen Seite entbindet diese Einsicht nicht davon, den normativen Gehalt des Art. 12 GG auszuloten, da die Verfassung durchaus Lösungen für Kollisionslagen und Konfliktlagen bereithält (4) und demzufolge aus Art. 12 GG durchaus dezidierte Schlußfolgerungen für die Verfassungsmäßigkeit der Ablöseregulierung getroffen werden können, wenn nur in ausreichender Selbstreflexion die genannten Grenzen dieses Vorgehens im Blickfeld bleiben. Auch bedarf es keines Vorabbekenntnisses zu einer bestimmten Grundrechtstheorie, die im Sinne eines Vorverständnisses nach Auffassung von E.-W. Böckenförde (5) vorausgesetzt werden muß und dann das Ergebnis determiniert.

- (1) Bethge S. 220; Maunz BayVB1 1975, 601
- (2) siehe BVerfGE 36, 14; 46, 164; Stern Staatsrecht I S. 110 f.; Häberle Verfassung als öffentlicher Prozeß S. 641 f.; Delbrück FS f. Menzel S. 83 ff; Säcker BayVB1 1979, 195 f.; Leibholz VVDStRL 20 (1963), 119
- (3) Steinberg JZ 1980, 387, der befürchtet, daß Verfassungsinterpretation und Verfassungspolitik vermischt werden.
- (4) Bethge S. 294 ff.; etwas anders für den - hier nicht problematischen - Bereich gesetzlicher Konkretisierung Göldner S. 203 ff.; 208
- (5) E.-W. Böckenförde NJW 1974, 1529



In seinem Bemühen, der Beliebtheit der - von ihm messerscharf geschiedenen - Grundrechtstheorien eine Grundrechtstheorie entgegenzusetzen, die vom GG gefordert wird, treibt E.-W. Böckenförde (1) selbst Grundrechtstheorie - allerdings mit gesteigertem Geltungsanspruch - und bewegt sich damit, ohne dies zu reflektieren, im hermeneutischen Zirkel, da jede Grundrechtstheorie wohlverstandene Auslegung des GG ist. (2) Häberle (3) hat darauf hingewiesen, daß Grundrechtstheorien auch miteinander kombiniert werden können und demzufolge nicht immer gegeneinander ausgespielt werden können. (4) Methoden werden demzufolge dort reflektiert, wo ihre jeweilige Anwendung praktisch wird. Das so geschärfte Bewußtsein für methodische Probleme hindert nicht, sondern fördert die verfassungsrechtliche Untersuchung.

## 2.) Differenzierung nach Fallgestaltungen

Der verfassungsrechtlichen Problematik von Ablösesummen wurde bislang in der Lit. mit Globallösungen beizukommen versucht. Pauschale Bewertungen als verfassungswidrig wechseln mit pauschaler Billigung der Ablösesummen ab. Für verfassungsmäßig werden die Ablösesummen von Buchner (5) und Poschenrieder (6) gehalten.

- (1) E.-W. Böckenförde NJW 1974, 1529, 1537
- (2) zutreffend Häberle Verfassung als öffentlicher Prozeß S. 585, der außerdem zutreffend das "Kästchendenken" von E.-W. Böckenförde NJW 1974, 1529 kritisiert.
- (3) Häberle Verfassung als öffentlicher Prozeß S. 585 f.
- (4) Gegen Böckenförde's Versuch, eine verfassungsmäßige Grundrechtstheorie zu entwickeln, auch: Meyer-Hesemann S. 137; siehe außerdem Dreier in: Dreier/Schwegmann, Probleme der Verfassungsinterpretation S. 42 f.)
- (5) Buchner NJW 1976, 2246
- (6) Poschenrieder S. 266 ff.

Verfassungswidrigkeit der Ablösesummen nehmen Westerkamp, (1) und Preis (2) an. (3) Da Art. 12 GG als subjektives Grundrecht zu sehen ist, die subjektiv-rechtliche Komponente des Art. 12 GG somit vom Standpunkt des Spielers aus primär zu beachten ist, kommt es für die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Ablösesummen allein darauf an, inwiefern Rechte von Spielern verletzt werden. Damit gewinnt die Thematik den Bezug zur Situation des einzelnen Spielers, dessen Rechte auf dem Spiel stehen. Daß die Beeinträchtigung der Rechte des Spielers entsprechend den verschiedenen möglichen Fallgestaltungen und Erscheinungsformen von Ablösesummen (4) unterschiedlich zu beurteilen ist, ist wegen der subjektivrechtlichen Bedeutung des Art. 12 GG als Ausgangspunkt festzuhalten. Im folgenden werden für die jeweiligen möglichen Fallgestaltungen reale Fälle angeführt und typisierende Musterbeispiele gebildet, um die Bandbreite der Fallgestaltungen mindestens exemplarisch abzudecken.

- a) In dem Fall, in dem der Arbeitsvertrag durch den Spieler begründetermaßen fristlos gekündigt worden ist, (5) ist die Verletzung von Interessen des Spielers am offensichtlichsten. Praktisch geworden ist diese Konstellation im Falle des Nationalspielers Schuster, der 1980 fristlos dem 1. FC Köln kündigte. Schuster wurde nach Spanien transferiert. (6) Voraussetzung für eine fristlose Kündigung ist nach § 626 BGB ein wichtiger Grund. Erforderlich ist damit eine schwerwiegende Verletzung von Vertragspflichten. (7) Das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses muß unzumutbar sein.

(1) Westerkamp S. 145

(2) Preis S. 61 ff.

(3) unklar Burmeister DÖV 1978, 6, der Ablösesummen prinzipiell für zulässig hält, andererseits die gegenwärtige Ablösesummenpraxis für verfassungswidrig hält, - ein Widerspruch, der von Burmeister nicht aufgelöst wird.

(4) siehe oben § 4

(5) zu dieser Konstellation siehe Westerkamp S. 45

(6) In diesem Beispiel muß, da ein Rechtsstreit darüber nicht geführt wurde, unterstellt werden, die Kündigung sei berechtigt gewesen.

(7) Palandt-Putzo BGB § 626 Anm. 6

Der Spieler, der berechtigt fristlos gekündigt hat, hat dadurch zwar den Arbeitsvertrag mit dem - ehemaligen - Arbeitgeber beendet, kann aber ohne die an die Ablösesummenzahlung gekoppelte Freigabe kein neues Arbeitsverhältnis im Bereich des DFB und der FIFA eingehen. Diese Tatsache hat zwei Folgen. Zunächst wirkt die fehlende Freigabe als Strafe für die fristlose Kündigung, da trotz fristloser Kündigung der Spieler kein neues Arbeitsverhältnis eingehen kann und dadurch wenigstens vorübergehend arbeitslos wird. Dadurch, daß der Spieler kein Gehalt mehr erhält, erzielt der abgebende Verein einen zeitlichen Spielraum, die Ablösesumme in maximaler, ja illusionärer Höhe zu fordern, (1) und mag wohl auch, sei es aus Rache, sei es aus Nonchalance oder anderen Motiven, an einem Zustandekommen eines Transfers desinteressiert sein. Zum anderen wirkt die Aussicht, bei fristloser Kündigung keinen neuen Arbeitsvertrag abschließen zu können, als Hemmnis für die Wahrnehmung der Rechte aus § 626 BGB. Die Furcht vor einer Verweigerung der Freigabe und einer unreal hohen Ablösesumme dürfte geeignet sein, viele Spieler bereits im Vorfeld von einer berechtigten fristlosen Kündigung abzuhalten und so den Vereinen einen Spielraum faktisch sanktionsloser Vertragsverletzungen zu eröffnen. Die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Spielers liegt darin, daß er trotz rechtmäßigem Handeln keinen neuen Arbeitgeber finden kann. Scheitert ein neuer Vertragsschluß an dem Verlangen nach einer Ablösesumme, so wird der Spieler in seiner beruflichen Betätigungsfreiheit gehindert. Anders zu entscheiden, hieße, das Grundrecht der Berufsfreiheit zur Disposition des grob vertragswidrig handelnden Vertragspartners zu stellen.

Fraglich ist, ob Art. 12 GG auch verletzt ist, wenn die geforderte Ablösesumme vom neuen Verein gezahlt wird. Vom Ausgangspunkt des Erfordernisses einer konkreten Beeinträchtigung des freien Vereinswechsels aus könnte dies fraglich sein, da in diesem Falle der Spieler einen neuen Arbeitsplatz findet.

(1) "auszureizen", so wie dies im Falle Schuster seitens des 1. FC Köln geschah

Aber ebensowenig wie Art. 12 GG gewährleistet, daß jedermann einen Arbeitsplatz erhält, beschränkt sich der Normbereich des Art. 12 GG in der Sicherung und Ermöglichung konkreter beruflicher Tätigkeit. Art. 12 GG schützt nicht das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages, umgekehrt jedoch einen freien Prozeß vertraglicher Beziehungen zur persönlichen Lebensgestaltung. (1) Bereits in dem Verlangen nach einer Ablösesumme liegt eine diskriminierende Haltung gegenüber dem fristlos kündigenden Spieler. Zudem befindet sich der Spieler in einer Situation, (2) in der bereits das bloße Verlangen einer Ablösesumme sich störend auf die Kontaktaufnahme zu anderen Vereinen auswirken kann. Im Falle der rechtmäßigen fristlosen Kündigung bedeutet bereits das bloße Verlangen einer Ablösesumme deshalb eine Verletzung der Berufsfreiheit des Spielers, weil vor dem Hintergrund der gesetzlichen Interessenwertung (§ 626 BGB) und der Situation des Spielers die berufliche Entfaltungsfreiheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird. Bereits die Vereinbarung der Regelung des § 23 Lizenzspielerstatut (3) stellt wegen ihrer präventiven, den Entschluß zur Wahrnehmung gesetzlicher Rechte hemmenden Wirkung eine Verletzung des Art. 12 GG dar. Die Vereinbarung des § 23 Lizenzspielerstatut und die Forderung einer Ablösesumme trotz berechtigter fristloser Kündigung durch den Spieler verletzt daher den Schutzbereich des Art. 12 GG.

b) Zahlung einer Ablösesumme bei noch nicht beendetem Vertrag

Transfers werden auch getätigt, wenn der Vertrag des Spielers noch gültig ist, dennoch der abgebende Verein mit einem Transfer einverstanden ist.

(1) siehe Hesse § 12 I 9) a)

(2) meist während der Saison, öffentliches Aufsehen

(3) siehe Westerkamp S. 45 f.

Der Spieler wird "aus dem Vertrag herausgekauft", was meist eine besonders hohe Ablösesumme impliziert. (1) Die Besonderheit dieses Falles liegt darin, daß der Spieler noch einen gültigen Arbeitsvertrag zu erfüllen hat und dieser auch nicht gekündigt werden soll. Anlässlich des Transfer ist der alte Arbeitsvertrag zu beenden und ein Aufhebungsvertrag zu schließen. Da dazu das Einverständnis auch des Spielers erforderlich ist, besteht nicht die Möglichkeit, den Spieler gegen dessen Willen zu transferieren. (2) Das an diese Entscheidung gekoppelte Folgeproblem, daß ein Verein gefunden werden muß, der die Ablöseforderung des abgebenden Vereins erfüllt, ändert sich dadurch nicht. Hier kann die Freiheit des Spielers, den Arbeitgeber ohne Zwang seitens Dritter auszusuchen, durchaus tangiert werden, da sich möglicherweise nur wenige oder gar nur ein Verein findet, der die hohe Ablösesumme bezahlt. (3) Diese möglicherweise auftretenden Schwierigkeiten sind jedoch nicht isoliert von der vertraglichen Situation des Spielers zu sehen. Die Alternative besteht nicht zwischen freiem Vereinswechsel und unfreiem Vereinswechsel, sondern zwischen Vereinswechsel und Vertragserfüllung. Wenn der Spieler mit den Modalitäten des Transfers nicht einverstanden ist und ihm insbesondere der neue Verein nicht gefällt, so hat er die Möglichkeit, auf Einhaltung des Vertrages zu bestehen. Die vorzeitige Aufhebung des Vertrages ist lediglich eine für in günstige Alternative zum Fortbestand des Vertrages, an dem er sich sonst hätte festhalten lassen müssen. Der Normbereich von Art. 12 GG geht nicht soweit, daß alle vertraglichen Bindungen obsolet werden.

Zu erwägen wäre lediglich, ob dem Spieler nicht unter dem Aspekt des Art. 12 GG die Möglichkeit gegeben werden sollte, auch bei einseitigem vertragswidrigem Wechsel die Spielberechtigung zu erlangen,

- (1) siehe auch Huppertz Fußball-Woche-Sport-Sonderheft Bundesliga 80/81 S. 34
- (2) anders aber in Italien; dort können Spieler gegen ihren Willen zu einem anderen Verein transferiert werden; siehe Preis S. 62
- (3) siehe die Fälle Eggeling, dazu Huppertz Fußball-Woche-Sport-Sonderheft Bundesliga 80/81 S. 34 ff. und Klaus Allofs, dazu Wolff Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 49, S. 7; Niersbach Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 48, S. 47 e); Metzen Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 50, S. 38

zumal auch sonst im Arbeitsrecht wegen § 888 II ZPO bei Vertragsbruch des Arbeitnehmers Schadenersatz fordern kann, nicht jedoch die Arbeitsleistung selbst erzwingen kann noch gar die Arbeitsaufnahme beim neuen Arbeitnehmer unterbinden kann. (1) Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen wird dann gemacht, wenn der Arbeitgeber die für ihn nachteilige Wettbewerbstätigkeit bei einer Konkurrenzfirma unterbinden will; in diesem Falle kann die Arbeitsaufnahme beim neuen Arbeitgeber unterbunden werden. (2) Diese Ausnahme trifft auf den Bundesligafußball zu, da der Transfer eines Spielers eine doppelte Wettbewerbsverzerrung im sportlichen Wettstreit mit sich bringt. Nicht allein, daß der abgebende Verein einen Spieler verliert und dadurch mannschaftlich geschwächt wird, die aufnehmende Mannschaft wird zusätzlich gestärkt, so daß bei einem Transfer innerhalb der gleichen Spielklasse die abgebende Mannschaft gegen eine solchermaßen verstärkte Mannschaft im sportlichen Wettkamp antreten muß. Die Ablösesummenzahlung bei Transfers während der Dauer eines gültigen Arbeitsvertrages ist außerdem geeignet, das Entstehen von Schadenersatzansprüchen zu verhindern, die bei Vertragsbruch des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber zukommen. (3) Dem Arbeitgeber erwachsen Ansprüche aus §§ 628 II, 626 BGB. Schaden wäre gegebenenfalls auch derjenige wirtschaftliche und sportliche Schaden, den der abgebende Verein wegen der fehlenden Mitwirkung des Spielers erleidet. Dabei läßt sich insbesondere der sportliche Schaden schwer messen. Hínzu kommt, daß bei Vertragsbruch des Arbeitnehmers und Verurteilung zur Vornahme von Arbeitshandlungen, wie sie bei Vertragsbruch des Arbeitnehmers nach §§ 628 II, 626 BGB erreicht, lediglich wegen § 888 II ZPO nicht vollstreckt werden kann, § 61 IV S. 1 ArbGerG zur Anwendung kommt.

(1) siehe LAG Hamm DB 1972, 1074; Schaub § 45 VIII 3)

(2) AG Göttingen BB 1974, 421

(3) siehe dazu BAG WM 1976, 137; Schaub § 51 III 5)

Danach kann unter den genannten Voraussetzungen der Arbeitgeber für den Fall, daß die Arbeitshandlung nicht binnen einer bestimmten Frist vorgenommen wird, die Zahlung einer vom Arbeitsgericht nach freiem Ermessen festzusetzenden Entschädigung verlangen. (1) Es handelt sich dabei um eine pauschalisierte Entschädigung ohne Schadensnachweis, die wahlweise an Stelle des nach §§ 628 II, 626 BGB zu bemessenden Schadenersatzes (2) verlangt werden kann. (3) Dieser pauschalisierte Schadenersatz kommt einer Ablösesumme seiner Funktion nach sehr nahe, da auch er ein Korrekturfaktor in Form einer finanziellen Sanktion gegen Vertragsbruch sein soll. Die vom DFB gewählte Regelung, Vertragsbrüche des Spielers auszuschalten, eine einverständliche Mitwirkung von Spieler und Arbeitgeber zu fordern und den finanziellen Ausgleich über die Zahlung einer Ablösesumme vorzunehmen, gibt dem abgebenden Verein dasjenige, was ihm finanziell (ohne daß allerdings ein genauer Summenvergleich möglich wäre) bei einem Vertragsbruch des Spielers zukommen würde.

Zu beachten ist auch, daß der Spieler nach der Regelung des Lizenzspielerstatuts in zwei Punkten besser dasteht. Er braucht die Entschädigung nicht, wie bei § 61 IV S. 1 ArbGerG, der den pauschalisierten Schadenersatz, den der Arbeitnehmer zu zahlen hat, regelt, selbst zu leisten; diese wird vielmehr vom aufnehmenden Verein beglichen. Die Aussicht, eine Ablösesumme zu erhalten, kann den abgebenden Verein zu einer Auflösung des Vertrages, also zu einer Leistung, auf die der Spieler keinen Anspruch hat, motivieren. (4)

(1) Schaub § 45 VIII 1)

(2) siehe dazu BAG WM 1976, 137; Schaub § 51 III 5)

(3) Schaub § 45 VIII 1)

(4) so lag es beim Transfer von Klaus Allofs von Fortuna Düsseldorf zum 1. FC Köln; siehe Wolff Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 49, S. 7; Niersbach Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 48, S. 47 e); Metzen Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 50, S. 38. Fortuna Düsseldorf befand sich in finanziellen Schwierigkeiten, während Klaus Allofs sich jedenfalls nach allgemeiner Einschätzung durch den Transfer zu einer Mannschaft, der sportlich eine Führungsrolle zugetraut wurde, sportlich verbesserte. Offenbar entsprach der Transfer von Klaus Allofs der Interessenlage aller Beteiligten.



Die Auffassung von Klatt, (1) die gesamte Ablöseregelung sei in toto schon deshalb unzulässig, weil - anders als bei Rückzahlungsklauseln bei Ausbildungsinvestitionen und Gratifikationen - (2) der Spieler keine Gegenleistung erhalte, ist daher für den Fall des Transfer während der Dauer eines laufenden Vertrages unzutreffend. Schließlich muß dem DFB die Kompetenz zugesprochen werden, Vertragsbrüche zu verhindern. Auch liegt in einer ein- bis dreijährigen Bindung keine übermäßige, knebelnde Bindung, so daß auch unter diesem Gesichtspunkt der Normbereich des Art. 12 GG nicht einschlägig ist. Die Möglichkeit der einverständlichen Aufhebung des Arbeitsvertrages gegen Zahlung einer Ablösesumme erweitert nur die Rechte des Spielers. Der Normbereich des Art. 12 GG umfaßt nicht die Freistellung von vertraglichen Bindungen und schützt auch nicht das Wahrnehmen von Chancen für günstige Vereinswechsel. Als Ergebnis steht somit fest, daß im Falle einer beiderseitigen Auflösung eines laufenden Vertrages und der Freigabe für einen anderen Verein in der Forderung einer Ablösesumme keine Rechtsverletzung gemäß Art. 12 GG gegenüber dem Spieler liegt.

c) Verlangen einer Ablösesumme nach Vertragsende

Nach diesen Fallgruppen, die die tatbestandliche Bandbreite der Ablösesummenpraxis bereits abgesteckt haben, ohne für jene allerdings typisch zu sein, verbleibt noch die größte und bedeutenste Fallgruppe der Forderung einer Ablösesumme nach Beendigung des Arbeitsvertrages. Verträge zwischen Spieler und Verein werden regelmäßig befristet für 1 - 3 Jahre (Spielzeiten) abgeschlossen. Nach Ablauf dieser Verträge stehen die Spieler zwar weiterhin in vertraglichen Beziehungen zum DFB, nicht mehr aber zum abgebenden Verein.

(1) Klatt S. 92

(2) siehe LAG Düsseldorf NJW 1967, 846; BAG NJW 1962, 1981; BAG NJW 1964, 171; Koenig NJW 1967, 846; Neumann-Duesberg JZ 1964, 185

Der freie Wechsel des Arbeitsplatzes entspräche nun allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen, da die Spieler gegenüber den abgebenden Vereinen nun frei sind. (1) In einer solchen Situation hat das LAG Berlin (2) Ablösesummen für verfassungswidrig gehalten. Nach Auffassung des LAG Berlin verstößt in diesem Falle die Forderung einer Ablösesumme unabhängig von ihrer Höhe deshalb gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit, weil der Spieler keinen Einfluß auf die Höhe der Ablösesumme hat und diese auch nicht selbst zahlen kann. Der Spieler werde der Willkür des Arbeitgebers ausgesetzt. Das LAG Berlin weist weiter darauf hin, daß das BAG (3) Kündigungsbeschränkungen durch Zahlungspflichten dann als Verstoß gegen Art. 12 GG angesehen hat, wenn sie nicht einem begründeten und zu billigenden Interesse des Arbeitgebers entsprachen. Erst recht müsse nach Ansicht des LAG Berlin (4) dies gelten, wenn die Beschränkung nach Ablauf des Arbeitsvertrages das Recht, einen neuen Arbeitsvertrag einzugehen, betrifft.

Ablösesummen über 100.000,-- DM, wie sie bei Transfers innerhalb der Bundesliga die Regel sind, (5) kann der Spieler in der Tat nicht selbst bezahlen und soll es auch nach der Intention der Regelung des DFB nicht. Von daher ist zweifelhaft, ob überhaupt ein Vergleich zu vertraglichen Rückzahlungsklauseln von Gratifikationen und Ausbildungsinvestitionen (6) möglich ist. Nicht zwischen Verein und Spieler, sondern zwischen den Vereinen soll der Ausgleich erfolgen. Von daher spricht es eher für die Verfassungsmäßigkeit der Regelung, daß der Spieler nicht an den Abmachungen beteiligt wird, zumal er von der Festsetzung der Ablösesumme durch Erhalt eines Handgeldes profitiert. Für die Verfassungsmäßigkeit der Regelung könnte man einwenden, daß zwar der befristete Vertrag nach Zeitablauf beendet ist, jedoch für den Fall, daß der Transfer an der

(1) siehe aber Reuter RdA 1973, 345

(2) LAG Berlin NJW 1979, 2582

(3) BAG NJW 1962, 1981

(4) LAG Berlin NJW 1979, 2582

(5) siehe Fußball-Woche-Sport-Sonderheft Bundesliga 1980/81, S. 36

(6) siehe BAG NJW 1962, 1981; BAG JZ 1964, 183; LAG Düsseldorf NJW 1967, 846; Koenig NJW 1967, 846; Neumann-Duesberg JZ 1964, 185

Höhe der Ablösesumme scheitert, der Spieler nach § 30 Nr. 2 Lizenzspielerstatut Anspruch auf einen neuen Vertrag beim alten Verein zu den Konditionen des letzten schriftlichen Angebots des Vereins hat. (1) Darin könnte eine vertragliche Option des Vereins zur Fortführung des Vertrages liegen. (2) Die Möglichkeit des Vertragschlusses zu vom Verein diktierten Bedingungen unterwirft den Spieler jedoch noch mehr der Willkür des Vereins als die Festsetzung einer Ablösesumme, die immerhin noch nach § 30 Nr. 4 Lizenzspielerstatut von einem DFB-Schiedsgutachter bestimmt werden kann, (3) wenn keine Einigung erfolgt. (4) Nach dieser Regelung ist es möglich, daß ein Verein durch Forderung zu hoher Ablösesummen einen Spieler für die Dauer dessen Karriere an sich bindet. Um ein Optionsrecht handelt es sich dabei nicht, da die Vertragsbedingungen vorher nicht feststehen. (5) Im übrigen ist es nicht Zweck der Ablösesummen, Vereinswechsel zu verhindern, sondern im Rahmen bestimmter Regelungen und mit dem Zweck eines finanziellen Ausgleichs zu ermöglichen. Daß eine Möglichkeit besteht, den gesamten Spielbetrieb nach § 30 Lizenzspielerstatut ohne Transfer abzuwickeln, kann nicht dazu führen, der Transferregelung eine Unbedenklichkeitsbescheinigung auszustellen, zumal die Regelung des § 30 Nr. 2 Lizenzspielerstatut mindestens nach § 138 BGB nichtig und damit ihrerseits rechtswidrig ist, weil der Spieler der Willkür des Vereins unterworfen wird und in sittenwidriger Weise an den Verein geknebelt werden kann. Es kommt lediglich darauf an, ob die Transferregelung verfassungsmäßig ist, ohne daß der Spieler generell auf einen Weg, der lediglich seine Arbeitslosigkeit verhindert, seine Entscheidungsfreiheit indes noch weiter einschränkt, verwiesen werden kann.

Zu berücksichtigen ist als zweite Möglichkeit der Schlichtung von Konflikten über Ablösesummen, (6) daß nach § 30 Nr. 4 Lizenzspielerstatut abgebender Verein und Spieler die Höhe der Summe durch einen DFB-Schiedsgutachter feststellen lassen können. (7)

- (1) siehe oben § 2 g)
- (2) siehe Westerkamp S. 47; Wange S. 71 ff.)
- (3) Westerkamp S. 50
- (4) siehe oben § 2 g)
- (5) siehe BGHZ 47, 387
- (6) siehe oben § 2 g)
- (7) Westerkamp S. 50

Dieses Verfahren führt zwar nicht generell zu einer Herabsetzung der Ablösesumme, (1) wohl aber dazu, daß die so festgesetzte Ablösesumme verbindlich ist. Damit wird die Festlegung der Ablösesumme der freien Verhandlung der Vereine entzogen und objektiviert. Sie erscheint nun als objektive Bedingung einer neuen Berufsaufnahme, die vom DFB aufgestellt wird. Durch die Lizenzverträge mit dem DFB sind die Vereine gehalten, diese Summen zu beachten; eine Verpflichtung des Spielers unter Nichtbeachtung bzw. Unterschreitung der vom DFB festgesetzten Summe ist nicht möglich. Dadurch verschiebt sich der Akzent von der Berechtigung des abgebenden Vereins zur Verpflichtung des aufnehmenden Vereins. Auch eine vom DFB festgesetzte Ablösesumme kann jedoch nicht verhindern, daß die Auswahl des Spielers unter den interessierten Vereinen durch die Höhe der Summe eingeengt wird. Diejenigen Vereine, die an einem Transfer interessiert sind, sind zwar gegenüber dem DFB verpflichtet, im Falle eines Vertragsschlusses die festgesetzte Ablösesumme zu bezahlen, werden jedoch, falls die Ablösesumme zu hoch erscheint, von einer Verpflichtung des Spielers Abstand nehmen. Diese Situation gleicht völlig der, die bei freiem Handeln der Ablösesumme entsteht. Eine hohe Ablösesumme kann von vornherein eine Anzahl von Vereinen als Interessenten verprellen. Darin liegt, unterstellt, daß ceteris paribus abgesehen von der Ablösesumme in allen übrigen Punkten eine Einigung erzielt werden kann, eine Einschränkung der Freiheit des Spielers, den Arbeitgeber, mit dem er kontrahieren will, selbst zu bestimmen.

Erscheint so, ausgehend von dem Ausgangspunkt, daß es entscheidend auf die konkrete Beeinträchtigung der beruflichen Betätigung und damit auf die Verletzung des subjektiven Grundrechts aus Art. 12 GG des Spielers ankommt, auch bei Festsetzung der Ablösesumme durch den DFB eine Einschränkung der Berufsfreiheit des Spielers möglich,

- (1) anders aber Westerkamp S. 49 f.; LAG Berlin NJW 1979, 2584; in der Praxis führt dieses Verfahren u. U. sogar zu einer Erhöhung der Ablösesumme wie im Falle des Spielers Fuhr, dessen Gehalt vor dem Transfer erheblich erhöht wurde; siehe Speck Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 56, S. 18

so ist doch noch weit grundsätzlicher die Frage zu stellen, ob nicht unabhängig von der konkreten Summe, sei sie in Verhandlungen zäh ausgepokert oder vom DFB festgesetzt, bereits das Erfordernis der Freigabe überhaupt rechtmäßig ist. Bedürfte es keiner Freigabe durch den abgebenden Verein, so wäre den Ablösesummen der Boden entzogen, sie wären nur mehr Gratifikationen anlässlich des Vertragsschlusses. Nun ist es durchaus möglich, daß die Freigabe verweigert wird, ohne daß eine Ablösesumme gefordert wird. (1) Das Erfordernis der Freigabe soll jedoch in erste Linie die Erlangung einer Ablösesumme sichern, um einen Zwang für die aufnehmenden Vereine herzustellen, die Ablösesumme zu zahlen. So konzentriert sich erneut alles auf die Frage, inwiefern der Spieler konkret beim Vereinswechsel behindert wird. Es hilft auch nicht weiter, darauf hinzuweisen, daß Fußballprofis sehr viel Geld verdienen und deshalb eine Grundrechtsverletzung ausscheidet. (2) Bereits das BAG (3) hat ausgeführt, daß die Grundrechte Vertragspartner unter Umständen auch gegen sich selbst schützen. Ob in der Entgegennahme von hohen Gehältern überhaupt ein Verzicht auf Rechte zu sehen ist, ist bereits zweifelhaft. Selbst wenn man dies bejaht, so beseitigt die Einwilligung des Spielers - die im übrigen eine Fiktion sein dürfte, da die Fußballprofis mit der Ablösesummenpraxis unzufrieden sind - doch nicht die eingetretene Rechtsverletzung, sondern ist allenfalls im Rahmen eines - in seinen Voraussetzungen übrigens sehr fraglichen - (4) Grundrechtsverzichts zu berücksichtigen. Andererseits ist auch die Auffassung von Klatt, (5) die gesamte Ablösesummenregelung sei deshalb verfassungswidrig, weil der Spieler keine Gegenleistung erhalte, abzulehnen. Die Meinung, der Spieler erhalte keine Gegenleistung, ist wegen des an die Ablösesumme gekoppelten Handgeldes (6) unzutreffend.

(1) Wegen der großen Finanznot der Bundesligavereine ist dieser Fall höchst unwahrscheinlich; siehe Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 54, S. 23

(2) so aber Poschenrieder S. 267

(3) BAG NJW 1962, 1983

(4) siehe Pietzcker Der Staat 1978, 527 ff.

(5) Klatt 92

(6) siehe oben § 2 7)

Im übrigen ist das Fehlen einer Gegenleistung kein Kriterium für Verfassungswidrigkeit. Es hilft also nichts über die Feststellung der prekären Frage hinweg, wann der Spieler in der Wahl seines neuen Arbeitgebers konkret eingeengt wird.

Zur Präzisierung der möglichen Verletzungshandlungen sollen einige Beispielsfälle dienen. Der Spieler Eggeling wollte seinen Verein Bayer Uerdingen verlassen, verhandelte mit mehreren Bundesligaver-einen und war sich schließlich mit Eintracht Frankfurt einig ge-worden. (1) Sein Transfer zu Eintracht Frankfurt scheiterte an der von Uerdingen verlangten Ablösesumme in Höhe von 1 Mio. DM, die Eintracht Frankfurt nicht zu zahlen bereit war. (2) Darin, daß der von Eggeling gewünschte Wechsel zu einem anderen Verein an der Ab-lösesumme scheiterte, liegt eine Verletzung seines Grundrechts der Berufsfreiheit, das auch das Recht, den Arbeitsplatz frei zu wählen und den gewählten Arbeitsplatz beizubehalten, aufzugeben und zu wechseln, umfaßt. (3) Lediglich Poschenrieder (4) sieht hierin keine verfassungswidrige Einschränkung der Berufsfreiheit. Er hält es für legitim, daß ein Verein den "Kaufpreis" (5) wieder erzielt, den er vormals aufgebracht hatte. Poschenrieder hält Ablösesummen dann nicht für verfassungswidrig, wenn der Verein dem Spieler ein Vertrags-angebot macht und sich die Ablösesumme nach dem Einkommen des Spielers richtet. (6) Es wurde jedoch bereits oben dargestellt, daß die Ab-lösesumme ohnehin an das Spielergeloh gekoppelt ist. (7)

- (1) Walter Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 54, S. 33; Walter Kicker-Sportmagazin 1981 Nr. 56, S. 31
- (2) Walter Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 54, S. 33; Walter Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 56, S. 31; Ueberjahn Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 57, S. 3. Interessant ist die Begründung für die hohe Ablösesumme, die Bayer Uerdingen angab. Laut Angabe von Uerdingens Manager Tippenhauer verlangte man 1 Mio. DM, weil man zuvor selbst 1 Mio. DM bezahlt hatte und ihn schlecht verschenken könne. (zitiert nach Ueberjahn Kicker Sportmagazin 1981, Nr. 57, S. 3) Dieses Bei-spiel zeigt, daß das Angebot-Nachfrage-Modell keineswegs in jedem Fall als Selbstregulativ des Transfermarktes funktioniert und hohe Forderungen nicht unbedingt auf ein "marktgerechtes" Maß reduziert werden.
- (3) BAG NJW 1962, 1983; BVerfGE 7, 401; Bachof Die Grundrechte III/1, S. 251; von Mangoldt-Klein GG Art. 12 Anm. III 3); siehe außerdem Nikisch Arbeitsrecht I S. 42; Reuter RdA 1973, 345 ff.
- (4) Poschenrieder S. 266, 270 ff.
- (5) Poschenrieder S. 266 verwendet in der Tat unreflektiert diesen terminus
- (6) Poschenrieder S. 270 f.
- (7) siehe oben § 2 5)

Die affirmative Behauptung von Poschenrieder, (1) durch ein lukratives Vertragsangebot könnte in Fällen wie denen des Spielers Eggeling meist wieder die Basis für eine zukünftige Zusammenarbeit gefunden werden, ist nicht nur eine Unterstellung, sondern geht am Normbereich des Art. 12 GG vorbei. Art. 12 GG garantiert keine Vorzugsrechte des alten Arbeitgebers. Welche Motive für den Spieler maßgeblich sind und ob er das Angebot des alten Vereins akzeptiert, muß ihm allein überlassen bleiben. Poschenrieder (2) ignoriert die Einschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Spielers zugunsten eines Harmoniemodells, das in der Realität nicht funktioniert. Seine Auffassung ist daher abzulehnen. In Fällen, - wie denen des Spielers Eggeling - in denen ein Vereinswechsel an der geforderten Ablösesumme scheitert, ist unabhängig von der Höhe der Ablösesumme (3) eine Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit gegeben. Erst recht ist dementsprechend ein Verstoß gegen Art. 12 GG darin zu sehen, daß wie im Falle des Spielers Baake (4) eine Ablösesumme festgesetzt wird, die unreal hoch ist, nicht mehr in Relation zum Spielergehalt steht oder gar schikanös hoch ist, um einen Vereinswechsel gezielt zu unterbinden. In einem solchen Fall sieht das LAG Berlin (5) zutreffenderweise einen Verstoß gegen Art. 12 GG für gegeben an, wobei jedoch an Hand der oben entwickelten Kriterien, da es nicht auf den Betrag, sondern auf die konkrete Beeinträchtigung des Wechsels ankommt, eine Herabsetzung der Ablösesumme nicht in Betracht kommt. (6) Eine verfassungswidrige Beschränkung der freien Arbeitsplatzwahl liegt auch dann vor, wenn ein Spieler durch eine zu hohe Ablösesumme gezwungen wird, sich reamateurisieren zu lassen. (7)

(1) Poschenrieder S. 270

(2) Poschenrieder S. 266

(3) insofern ist die Auffassung des LAG Berlin NJW 1979, 2583 f. durchaus zutreffend

(4) der das Urteil LAG Berlin NJW 1979, 2582 erstritten hatte.

(5) LAG Berlin NJW 1979, 2582

(6) so auch LAG Berlin NJW 1979, 2582

(7) Im Falle des Spielers Carsten Nielsen drohte zunächst der beabsichtigte Wechsel zu Racing Strasbourg an der Ablösesumme zu scheitern; in diesem Falle wollte Nielsen sich reamateurisieren lassen. Da Borussia Mönchengladbach die Ablösesumme doch noch geringer festsetzte, kam der von Nielsen beabsichtigte Wechsel doch zustande; Anders Kicker-Sportmagazin 1981 N. 23, S. 13; Anders Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 29, S. 10



Anders liegt es, wenn ein Spieler von vornherein zu einem bestimmten Verein wechseln will und der Wechsel zustandekommt. So wollte Lienen zu Arminia Bielefeld wechseln, um in Bielefeld zu studieren. Der Transfer kam zustande. (1) In einem solchen Fall ist keine Einschränkung der Wahl des neuen Arbeitgebers möglich und somit auch keine Verletzung des Art. 12 GG gegeben. Dasselbe gilt, wenn ein Spieler mit mehreren Vereinen verhandelt und schließlich trotz einer hohen Ablösesumme zu dem gewünschten Verein wechselt. (2)

Eine Verletzung der Berufsfreiheit ist auch gegeben, wenn der Verein die Ablösesummen so hoch festsetzt, daß die Spieler im Vereinswechsel behindert werden, um die Spieler weiter an sich zu binden. (3) Zu beachten ist auch, daß die Gründe für einen Spieler zu einem bestimmten Verein zu wechseln, vielschichtig sein können und nicht immer allein finanzieller Natur sind. Ein bestimmter Wohnort kann sich als Studienort anbieten (4) oder sich aus familiären Gründen oder wegen der Anschaffung von Immobilien aufdrängen. Möglich ist auch, daß ein Spieler absichtlich von einem Erstligisten zu einem Zweitligisten wechselt, um die sportlichen Anforderungen zu reduzieren oder einer Halbtagsbeschäftigung oder einem Studium nachgehen zu können. Dies sind nur einige der Motive, die Fußballprofis dazu bewegen mögen, zu einem bestimmten Verein wechseln zu wollen. Falsch wäre es nun, mit dem Hinweis auf bessere Verdienstmöglichkeiten und auf Handgelder derlei Motive als irrational oder unbeachtlich abzutun. Eine Bevormundung durch die Arbeitgeber, auch wenn sie für den Spieler in finanzieller Hinsicht vorteilhaft ist, kann nicht in Betracht kommen.

- (1) Metzen Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 51, S. 5; Klemm Kicker-Sportmagazin 1981 Nr. 49, S. 9; siehe auch Anders Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 29, S. 10
- (2) So im Falle des Spielers Mill, der zunächst Angebote von VfL Bochum und Bayern München erhielt und dann zu Borussia Mönchengladbach wechselte; Gmelch Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 15, S. 10; Anders Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 29, S. 10
- (3) So setzte Schalke 04 für die Spieler Elgert, Drexler, Thiele und Kruse Ablösesummen zwischen 600.000,-- DM und 750.000,-- DM an mit der Folge, daß alle Spieler bei Schalke 04 blieben; Ueberjahn Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 47, S. 5
- (4) wie im Falle Lienen; siehe Kall Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 46, S. 45 e); Klemm Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 49, S. 9; Metzen Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 51, S. 5

Welche Motive der Spieler seinem Wunsch nach einem Vereinswechsel zugrundelegt, muß allein ihm selbst überlassen bleiben. Nicht selten bürgert sich nichtsdestoweniger ein, daß Vereine spiel-schwächere Spieler zu bestimmten Vereinen schicken und den Spieler an dem Vereinswechsel nicht mehr beteiligen, sondern über seinen Kopf hinwegentscheiden, so daß letztlich die Unterschrift des Spielers beim neuen Verein nur noch die Bestätigung einer Entscheidung ist, die der abgebende Verein unter Beteiligung des aufnehmenden Vereins längst getroffen hat. (1) Aber auch die besseren Spieler werden durch die Ablösesummen benachteiligt, weil sich durch ihre guten Leistungen die Ablösesumme erhöht und dadurch der Vereinswechsel erschwert. (2) Für besonders gute Leistungen werden Fußballprofis so bestraft. (3)

Das Ergebnis, daß Ablösesummen nur dann gegen Art. 12 GG verstoßen, wenn der Spieler in seiner freien Wahl des Arbeitsplatzes konkret eingeschränkt wird, wird Folgewirkungen auf das Verhalten der Vereine haben. Wenn ein Verein sich mit dem Spieler einig ist und ein Vertrag bereits abgeschlossen ist, kann er die Zahlung einer Ablösesumme ganz verweigern, da der abgebende Verein den Vereinswechsel des Spielers nicht verhindern kann. Der abgebende Verein hat damit kein Druckmittel mehr in der Hand, um einen Wechsel ohne Ablösesumme zu verhindern. Dies bedeutet jedoch nicht, daß der abgebende Verein überhaupt keinen Einfluß mehr auf den Vereinswechsel ausübt. Wegen der an die Ablösesumme gekoppelten Handelsgelder kann die Forderung einer Ablösesumme durchaus auch im Interesse des Spielers liegen. Besteht seitens mehrerer Vereine Interesse, so können abgebender Verein und Spieler durchaus im beiderseitigen Interesse versuchen, eine hohe Ablösesumme zu erhalten.

(1) Darauf weist Westerkamp S. 110 hin.

(2) siehe Burmeister DÖV 1978, 6

(3) Burmeister DÖV 1978, 6 hält dies für eine "groteske Konsequenz"; außerdem Westerkamp S. 136

Falsch ist es nur, aus der Tatsache, daß Spieler von Ablösesummen über Handgelder profitieren, zu folgern, daß sie Ablösesummen stets gegen sich gelten lassen müßten. Die Interessen der Vereine (abgebender wie aufnehmender Verein) und der Spieler können durchaus in einer Weise koordiniert werden, die die Berufsfreiheit der Spieler nicht verletzt. Daß eine solche Interessenverfolgung, die mit differenzierenden Mitteln und mit Überzeugung des Spielers, gegebenenfalls auch mit subtiler Vertragsgestaltung, die die Ablösesummenfrage einbezieht, vorgehen muß, statt mit dem einseitigen Druckmittel der Freigabeverweigerung vorzugehen, besonders für die Vereine schwieriger ist und mehr Fingerspitzengefühl für die multilateralen Interessen erfordert, steht dem nicht entgegen, da die grundrechtskonforme Ausgestaltung der Spielertransfers nicht an der Bequemlichkeit (1) der Vereine scheitern darf. Indem auf die individuelle Rechtsverletzung des Spielers abgestellt wird, entfällt gleichzeitig die Notwendigkeit, das Erfordernis der Freigabe selbst - und nicht erst die in ihrer Folge erhobene Ablösesumme - als verfassungswidrig anzusehen. Abzulehnen ist auch der Vorschlag von Westerkamp, (2) die Ablösesumme nicht gegenüber den Spielern, sondern gegenüber den Vereinen durchzusetzen, da sich dadurch an der Behinderung des Vereinswechsels nichts ändert. Die Vereine würden nicht eher geneigt sein, Spieler unter Vertrag zu nehmen, nur weil gegen die Spieler kein Druckmittel mehr besteht. Die gleichen Gründe, wegen zu hoher Ablösesummen einen an sich erwünschten Spieler nicht zu verpflichten, wären auch bei Zugrundelegung von Westerkamp's (3) Vorschlag maßgebend; die Behinderung des Vereinswechsels wäre dieselbe. Die obengenannten Beispiele haben gezeigt, daß es auf die konkrete Behinderung des Vereinswechsels (4) ankommt, und an Hand typisierter Fälle eine Präzisierung von den Vereinswechsel behindernden Handlungen versucht. Dabei konnte aus der ganzen Bandbreite tatsächlicher und möglicher Fälle nur ein Ausschnitt herausgegriffen werden, um Orientierungsmarken und Kriterien zu verdeutlichen.

(1) darauf weist auch Westerkamp S. 141 hin

(2) Westerkamp S. 140

(3) Westerkamp S. 140

(4) auf die unklarerweise auch Westerkamp S. 146 abhebt

So wie jeder Fall anders ist, so sind auch die konkreten Umstände eines jeden Vereinswechsels anders. Hierin liegt für die Vereine auch eine Chance, die Rechtsbeziehungen untereinander und mit den Spielern differenzierter und dabei grundrechtskonform vorzunehmen, statt Ablösesummen als Druckmittel zu verwenden, um die Entscheidungsfreiheit der Spieler einzuschränken und über deren Köpfe hinweg in einer Weise Entscheidungen zu treffen, die nicht selten in Geld- und Machtpoker abgeleitet. (1) Im Ergebnis verletzt also die Forderung von Ablösesummen nach Beendigung des Arbeitsvertrages dann den Schutzbereich des Art. 12 GG, wenn eine konkret feststellbare Behinderung des Vereinswechsels vorliegt, ohne daß es dabei auf die Höhe der Ablösesumme ankommt, wobei allerdings die Höhe der Ablösesumme auslösendes Moment für die Weigerung des aufnehmenden Vereins, die Ablösesumme zu bezahlen, sein kann.

d) Ablösesummen beim Wechsel vom Amateur- zum Profistatus

Wechselt ein Amateur - von einem Amateur- oder einem Profiverein - zu einem Profiverein und wechselt er dabei vom Amateur- zum Profistatus, so bestimmt sich die Ablösesumme nach § 32 Lizenzspielerstatut.(2) Die Höhe der Ablösesumme ist dabei exakt festgesetzt.(3) Sieht man von der Praxis ab, wechselwillige Amateure kurz vorher noch als Profis zu verpflichten, um die Ablösesumme hochzutreiben, (4) so sind die Ablösesummen für Amateure in ihrem Betrag genau fixiert, (5) und die Vereine halten sich auch an die vom DFB vorgesehenen Summen. Die Beträge von ca. 20.000,-- - 40.000,-- DM, die bei einem Wechsel eines Amateurs zu zahlen sind, bilden in der finanziellen Planung und in den Etats der Vereine einen ge-

(1) siehe auch Burmeister DÖV 1978, 6; Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 60, S. 32

(2) siehe oben § 2 5)

(3) siehe dazu auch Schmidt RdA 1972, 90; Westerkamp S. 53

(4) so im Falle des Spielers Uwe Rahn; Kelber Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 20, S. 15

(5) siehe K. H. Schmidt RdA 1972, 90; Westerkamp S. 53

ringen Bruchteil. (1) Angesichts der hohen Spielergehälter und der deshalb erforderlichen hohen Ausgaben und Einnahmen kann unterstellt werden, daß Ablösesummen für Amateure von den Vereinen ohne Schwierigkeit aufgebracht werden können. (2) Eine konkrete Behinderung des Vereinswechsels durch Ablösesummen von derart geringer Höhe erscheint kaum vorstellbar. Dennoch wäre es theoretisch denkbar, daß ein Vereinswechsel an der Amateurablösesumme scheitert. Bis dato ist ein solcher Fall aber noch nicht vorgekommen, und es steht kaum zu erwarten, daß er künftig eintritt. Erwägungen über mögliche Verstöße gegen Art. 12 GG müssen daher rein hypothetisch bleiben. In der gegenwärtigen Praxis ist bei Wechsel vom Amateur- zum Profistatus eine Verletzung des Normbereichs des Art. 12 GG nicht zu sehen.

e) Wechsel von Profis ins Ausland

Bei einem Wechsel von Profis aus der Bundesliga ins Ausland muß Art. 11 GG beachtet werden. Nach einer Mindermeinung (3) ist die Ausreisefreiheit aus dem Bundesgebiet durch Art. 11 GG geschützt, während die h. M. (4) Art. 2 GG anwendet. Art. 11 GG ist für die berufliche Niederlassungsfreiheit jedoch neben Art. 12 GG nicht anwendbar; für die Niederlassungsfreiheit ist Art. 12 GG Spezialvorschrift zu Art. 11 GG. (5)

- (1) Zu Beginn der Saison 1980/81 entfielen auf Ablösesummen für Amateure beim 1. FC Köln 1%, bei Bayer Uerdingen 5 %, bei Borussia Dortmund 3 % und beim Karlsruher SC 11 % der Gesamtaufwendungen für Ablösesummen; Berechnungsgrundlage dafür ist die Übersicht in Fußball-Woche-Sport-Sonderheft Bundesliga 1980/81 S. 36
- (2) Die geringste Ablösesumme war für die Spieler Brings und Mohren zu zahlen. Diese Spieler wechselten für nur 5.000,-- DM von der Amateurabteilung ihres Vereins zur Profiabteilung, wobei die Ablösesumme gegenüber früheren Vereinen zu zahlen war, da nach § 32 Nr. 1 Lizenzspielerstatut die Vereine, bei denen der Amateur bis fünf Jahre vor seiner Verpflichtung als Berufsspieler spielberechtigt war, Anspruch auf Transferentschädigung haben; Fußball-Woche-Sport-Sonderheft Bundesliga 1980/81 S. 36; Westerkamp S. 53
- (3) von Mangoldt-Klein GG Art. 11 Anm. 2; Dürig Die Grundrechte II S. 506 ff.; Scheuner FS f. Thoma S. 199 ff.
- (4) BVerfGE 6, 32; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 11 Rdn. 4; Bonner Kommentar-Wernicke GG Art. 11 Anm. II 1) e); Maunz § 20 III
- (5) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 12 Rdn. 14; anders Westerkamp S. 147, der einen Verstoß gegen Art. 2 und 11 GG annimmt.

Ablösesummen hindern auch nicht die Ausreise aus dem Bundesgebiet, sondern lediglich die Arbeitsaufnahme; das Recht, sich außerhalb der Bundesrepublik aufzuhalten, bleibt unberührt. (1) Die Unmöglichkeit, im Ausland den gewünschten Beruf auszuüben, ist dann allenfalls das Motiv, nicht auszureisen, so daß deshalb Art. 11 GG nicht einschlägig ist. (2) Bei einem Wechsel ins Ausland bleibt bezüglich der beruflichen Niederlassungsfreiheit Art. 12 GG das einschlägige Grundrecht. Für die Verletzungshandlungen der Berufsfreiheit gilt das oben unter § 10 3) c) Gesagte.

Im Ergebnis darf die Festsetzung einer Ablösesumme den Spieler in der freien Wahl des Arbeitsplatzes nicht behindern. Wann eine solche Verletzung des Normbereichs des Art. 12 GG vorliegt, ist Tatfrage. Da Ablösesummen also nicht in jedem Falle gegen Art. 12 GG verstoßen, sind zwar im jeweiligen konkreten Fall die entgegenstehenden Bestimmungen in den vom Spieler abgeschlossenen Verträgen nichtig, nicht aber die Bestimmungen des Lizenzspielerstatuts an sich. Eine solche - vom jeweiligen Vertrag losgelöste - Nichtigkeit kann nur dann eintreten, wenn alle Einzelverträge, die unter die jeweilige Vorschrift des Lizenzspielerstatuts fallen, nichtig sind. Nichtig ist das Lizenzspielerstatut nur insoweit, als es in § 31 auch bei rechtswirksamer Kündigung durch den Spieler Ablösesummen vorsieht, da in einem solchen Fall die Festsetzung einer Ablösesumme stets gegen Art. 12 GG verstößt. Für die übrigen Vorschriften des Lizenzspielerstatuts trifft dieses jedoch nicht zu. Sie sind nicht als solche nichtig, sondern sind nur nichtig als Teilbestimmungen eines Lizenzvertrages, wenn in concreto durch die Ablösesumme der Vereinswechsel behindert wird. Es wird hier darauf verzichtet, der vom DFB getroffenen Regelung eine andere Regelung entgegenzustellen, die von vornherein verfassungswidrige Resultate verhindert.

(1) Poschenrieder S. 246

(2) BVerfGE S. 266; 6, 34; 9, 38; 29, 194; BVerwGE 3, 308; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 11 Rdn. 30; Poschenrieder S. 246

Solche Versuche, positive Ziele formulierende Gegenpositionen zu entwerfen, scheitern am interpretatorischen self-restraint, dessen sich der Verfassungsinterpret zu bedienen hat. (1) So hat auch das BVerfG (2) betont, daß es seine Entscheidungen nicht an die Stelle des Gesetzgebers, der Gestaltungsfreiheit hat, setzen und dem Gesetzgeber nicht für besser gehaltene Lösungen aufdrängen kann. Der DFB muß in der Ausgestaltung seiner Rechtsbeziehungen innerhalb des von der Verfassung vorgeschriebenen Rahmens frei bleiben. Eine bessere Ausgestaltung der Transfermodalitäten unter Wahrung der Grundrechte zu finden, (3) bleibt dem DFB überlassen.

(1) siehe Steinberg JZ 1980, 387; außerdem Häberle Verfassung als öffentlicher Prozeß S. 641 f.; Stern Staatsrecht I S. 110 f.; Scheuner FS f. Forsthoff S. 326

(2) BVerfGE 36, 14; 46, 164

(3) um eine solche bemüht sich Westerkamp S. 140 ff.



## § 11 Schranken der Berufsfreiheit der Spieler

Allerdings drängt sich der Eindruck auf, daß die oben geschilderten Verletzungen des Schutzbereichs des Art. 12 GG durch Schranken der Berufsfreiheit der Spieler gerechtfertigt sind. Grundrechte oder einfache Rechte und rechtlich geschützte Interessen des DFB und der Vereine könnten der Berufsfreiheit der Spieler entgegenstehen.

### 1.) Die Schrankensystematik der Berufsfreiheit

Offen blieb bisher, nach welchem Maßstab Schranken der Berufsfreiheit in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen zu bemessen sind. Es bieten sich dazu ein Rekurs auf das Gesetzesvorbehaltsprinzip, die Güterabwägung und der Topos der praktischen Konkordanz an.

#### a) Gesetzesvorbehaltsprinzip

Ein Rekurs auf das Gesetzesvorbehaltsprinzip und damit die Übernahme der Grundsätze, die für die Anwendung des Art. 12 GG im öffentlichen Recht bestimmend sind, kommt in zwei Formen in Betracht. Zunächst könnte man der Auffassung sein, die gesamte Ablösesummenregelung sei bereits deshalb unwirksam, weil sie nicht durch ein Gesetz erfolgt ist. Rauball,<sup>(1)</sup> Westerkamp<sup>(2)</sup> und Schmidt<sup>(3)</sup> sind der Auffassung, daß Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl nur durch formelles Gesetz erfolgen könne. Schlüssig ist diese Auffassung nur, wenn in der Transferregelung tatsächlich eine Einschränkung der Berufswahl und nicht nur der Berufsausübung liegt. In der zeitlichen oder örtlichen Beschränkung des Zugangs zu einem Arbeitsplatz etwa infolge eines Wettbewerbsverbots sieht das BAG<sup>(4)</sup> eine Regelung der Berufswahl.

(1) Rauball S. 271 ff.

(2) Westerkamp S. 120

(3) Schmidt RdA 1972, 92

(4) BAG NJW 1962, 1983

Für die Ablösesummen folgen ihm Schmidt, (1) Rauball, (2) Preis, (3) das LAG Berlin (4) und Poschenrieder (5). Die gegenteilige Auffassung hat Schnorr (6) vertreten. Gegen sie ist mit dem BAG (7) einzuwenden, daß eine Qualifikation von Behinderungen des Arbeitsplatzwechsels als Regelung der Berufsausübung zu einer Abwertung des Grundrechts aus Art. 12 GG führen würde. Beginn und Beendigung eines Berufes sind Akte der Berufswahl, (8) ebenso der Wechsel von unselbständiger zu selbständiger Betätigung. (9) Das Erfordernis einer Ablösesummenzahlung erweist sich als Berufszulassungsbeschränkung. (10) Es handelt sich daher bei der Forderung von Ablösesummen um Beeinträchtigungen der freien Berufswahl. (11) Die radikale Übertragung des Gesetzesvorbehaltsprinzip in das Privatrecht verträgt sich nicht mit der Möglichkeit, über privatrechtliche Rechtspositionen vertraglich zu disponieren. Kurzerhand werden die Akzente vertauscht: das öffentliche Recht erscheint nicht mehr als Inbegriff von Verboten, sondern von Erlaubnissen. Nicht mehr positive Verbote privaten Handelns werden gefordert, sondern positive Erlaubnisse für nötig erachtet. Diese doppelte Umpolung des Gesetzesvorbehaltsprinzip zum Erfordernis ausdrücklicher Ermächtigung und zum privatrechtlichen Prinzip verkennt die Funktion der Grundrechte im Privatrecht, deren privatrechtliche Einschränkung nicht geleugnet werden kann. Bereits die oben angesprochene Erkenntnis, daß oft in privatrechtlichen Interessenkonflikten sich beide Seiten auf Grundrechte berufen können, zeigt, daß die von Rauball, (12) Westerkamp (13)

- (1) Schmidt RdA 1972, 92
- (2) Rauball S. 271 ff.
- (3) Preis S. 57
- (4) LAG Berlin NJW 1979, 2582
- (5) Poschenrieder S. 262
- (6) Schnorr Anm. zu AP Art. 12 GG Nr. 7
- (7) BAG NJW 1962, 1983
- (8) BVerfGE 21, 183; 7, 401
- (9) BVerfGE 7, 398 f.
- (10) Preis S. 57; LAG Berlin NJW 1979, 2582
- (11) Allerdings sind Berufsausübung und Berufswahl nicht immer minutiös zu trennen. Diese Schwierigkeit schließt aber nicht aus, daß feststellbar ist, daß die Behinderung sich nach ihrem Sinn und Zweck in erster Linie gegen die freie Berufswahl richtet; BAG NJW 1962, 1983
- (12) Rauball S. 271 ff.
- (13) Westerkamp S. 120

und K. H. Schmidt (1) vertretene Auffassung sich in Widersprüchen und Antinomien verstrickt, je nachdem von welchem Standpunkt aus man urteilt. Der Auffassung, die Ablösesummenregelung sei bereits wegen Fehlens eines sie gestaltenden formellen Gesetzes unwirksam, kann daher nicht gefolgt werden.

Die zweite Form des Rekurses auf das Gesetzesvorbehaltsprinzip, die in der Lit. vertreten wird, besteht in der Anwendung der Stufentheorie des BVerfG zu Art. 12 GG (2) und in der Übertragung der in dieser Entscheidung entwickelten Grundsätze auf das Privatrecht. (3) Damit werden, wenngleich vom gleichen dogmatischen Ausgangspunkt aus, die Vorzeichen umgekehrt. Der Rekurs auf das Gesetzesvorbehaltsprinzip dient in dieser zweiten Form nicht mehr wie in der ersten Variante dazu, die Befugnisse des DFB zu begrenzen, sondern umgekehrt dazu, Schranken für die Berufsfreiheit der Spieler zu finden. Der trotz konträrer Fragestellungen und Ergebnisse gemeinsame Ausgangspunkt kommt darin zum Ausdruck, daß sowohl Westerkamp (4) als auch K. H. Schmidt (5) beide Argumentationen nebeneinander anwenden. Sie vertreten dabei insbesondere die These, daß gemäß der Stufentheorie des BVerfG (6) die Ablöseregulation als Regelung der Berufswahl durch überragend wichtige Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt sein muß. Umgekehrt ausgedrückt kann die Berufsfreiheit der Spieler dann nach Meinung von Westerkamp, (7) Schmidt (8) und Poschenrieder (9) eingeschränkt werden, wenn der DFB für die Ablösesummenregelung überragend wichtige Rechtsgüter, die, da der DFB keine öffentlich-rechtlichen Aufgaben wahrnimmt, nur - das wird von

(1) Schmidt RdA 1972, 92

(2) BVerfGE 7, 377

(3) so eine verbreitete Auffassung in der Lit.; Preis DB 1971, 1571; K. H. Schmidt RdA 1972, 92; Börner S. 86; Leisner S. 329 f.; Westerkamp S. 121 ff.; Poschenrieder S. 250 f.; Weiland S. 315; einschränkend auch Ramm Die Freiheit der Willensbildung S. 64 f., in der Rspr. außerdem BAG NJW 1962, 1982

(4) Westerkamp S. 120 ff.

(5) Schmidt RdA 1972, 92

(6) BVerfGE 7, 377

(7) Westerkamp S. 120 ff.

(8) Schmidt RdA 1972, 92

(9) Poschenrieder S. 250 f.; 261 f.

Westerkamp (1) und Poschenrieder (2) sogleich konzidiert - Verbandsinteressen des DFB und nicht öffentliche Interessen sein können, ins Feld führen kann. Daß der DFB solche Interessen geltend machen kann, wird von Westerkamp, (3) Schmidt (4) und Börner (5) verneint, könnte aber ebensogut angesichts der Tatsache, daß der DFB für die Ausgestaltung des Profifußballs nicht nur verantwortlich ist, sondern diesen überhaupt erst ins Leben gerufen hat, und durchaus ein Interesse daran hat, daß die Rechtsbeziehungen der Vereine nach dem von ihm intendierten Ordnungsmodell geregelt werden, und angesichts der Konturenunschärfe des Begriffes der überragend wichtigen Rechtsgüter, dessen Präzisierung letztlich zu einer von Rechtsnormen losgelösten freien Abwägung (6) führt, auch bejaht werden. Indes hat sich gegen diese Privatisierung der Schrankensystematik (7) Widerspruch erhoben. Die Übertragung der öffentlichrechtlichen Schrankensystematik und insbesondere der im Apothekenurteil des BVerfG (8) entwickelten Stufentheorie wird von H. P. Westermann, (9) Koebel, (10) Schwabe (11) und Gamillscheg (12) abgelehnt. (13)

Das BAG (14) hat die Übernahme der Grundsätze der Stufentheorie des BVerfG mit dem Argument begründet, daß was der staatlichen Gewalt erlaubt sei, den Parteien eines privatrechtlichen Vertrages nicht verboten sein kann. Dagegen ist einzuwenden, daß der Gesetzesvorbehalt nicht die Erlaubnis für den Staat in Form einer positiven Kompetenz zum Grundrechtseingriff bedeutet, sondern das grundrechtliche Verbot einzugreifen präzisiert.

- (1) Westerkamp S. 120 f.
- (2) Poschenrieder S. 262
- (3) Westerkamp S. 120 ff.
- (4) Schmidt RdA 1972, 92
- (5) Börner S. 86
- (6) kritisch dazu Fr. Müller Normstruktur und Normativität S. 208, 210
- (7) so H. P. Westermann S. 91
- (8) BVerfGE 7, 377
- (9) H. P. Westermann S. 91 f.
- (10) Koebel JZ 1961, 524 f.
- (11) Schwabe S. 116
- (12) Gamillscheg AcP 164 (1964), 429 ff.
- (13) Unter grundsätzlichen methodischen Gesichtspunkten dagegen auch Fr. Müller Normstruktur und Normativität S. 208 f.
- (14) BAG NJW 1962, 1983

Ferner muß das den Vorbehalt realisierende Gesetz verfassungsmäßig zustandegekommen sein. Ein solches verfassungsmäßiges Zustandekommen ist bei einer privaten Maßnahme nicht möglich. Nach Art. 20 II GG geht alle Staatsgewalt und damit auch die gesetzgebende Gewalt vom Volke aus. Die vom Deutschen Bundestag nach Art. 77, 78 i. V. m. Art. 70 ff. GG beschlossenen Gesetze werden somit dem Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland zugerechnet. Diese Legitimation geht privaten Maßnahmen ab. Ferner werden Gesetze im vom GG vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren erlassen; eine solche verfahrensmäßige Absicherung mit der Funktion der adäquaten Berücksichtigung öffentlicher Interessen und auch der Herstellung von Legitimation (1) fehlt gleichfalls bei privaten Maßnahmen. Gamillscheg (2) und H. P. Westermann (3) verweisen außerdem in diesem Zusammenhang darauf, daß den privaten Machträgern eine Abwägung zwischen den Grundrechten des Einzelnen und den Interessen der Gruppe nicht immer in unparteiischer Weise zugetraut werden kann; ja man kann sich noch weitergehend der skeptischen Einstellung Burmeister's (4) anschließen, daß dabei die Tendenz vorherrscht, die Interessen der Spieler von vornherein abzuwerten und unter institutioneller Absicherung zu überrollen. Die Befürworter der Anwendung der Stufentheorie des BVerfG (5) berufen sich außerdem auf das Facharzt-Urteil des BVerfGE, (6) wonach berufsständischen Körperschaften des öffentlichen Rechts durch Satzung die Berufsausübung, nicht aber die Berufszulassung regeln können. (7) Bei aller Betonung dessen, daß das Recht der satzungsautonomen Regelung eigener Angelegenheiten im Schatten des Gesetzmäßigkeitsprinzip stehe, (8) darf doch nicht übersehen werden, daß das Facharzt-Urteil (9) öffentlichrechtlich organisierte Körperschaften betrifft und seine Grundsätze daher nicht unvermittelt auf privatrechtliche eingetragene Vereine übertragen werden können.

(1) so N. Luhmann Legitimation durch Verfahren passim

(2) Gamillscheg AcP 164 (1964), 427

(3) H. P. Westermann S. 91 f.

(4) Burmeister DÖV 1978, 1, 5, 7

(5) BVerfGE 7, 377

(6) BVerfG NJW 1972, 1504

(7) so Westerkamp S. 121; ähnlich auch Schmidt RdA 1972, 92

(8) Stark NJW 1972, 1490; Westerkamp S. 123

(9) BVerfG NJW 1972, 1490

Das BVerfG hat gerade die Satzungsautonomie öffentlichrechtlicher Körperschaften aus den besonderen öffentlichrechtlichen Bindungen begrenzt und so die Berücksichtigung der öffentlichen Interessen gewährleistet. Da die Begründungen für die Übertragung der Stufentheorie, wonach Einschränkungen der Berufswahl nur durch überragend wichtige Rechtsgüter gerechtfertigt sind, auf das Handeln des DFB nicht überzeugen, ist diese in der Lit. (1) vertretene Meinung abzulehnen.

b) Güterabwägung

Scheidet somit das Gesetzesvorbehaltsprinzip als Ansatzpunkt für die Einschränkung der Berufsfreiheit der Spieler aus, so bietet sich als Methode der Grundrechtsbegrenzung das Prinzip der Güterabwägung an. Im Rahmen einer Güterabwägung können als Fall einer Grundrechtskollision dem Grundrecht aus Art. 12 GG des Spielers Grundrechte des DFB entgegengesetzt werden, und können einfache rechtlich geschützte Interessen des DFB ohne Grundrechtsqualität berücksichtigt werden. Die Methode der Güterabwägung als wechselseitige Begrenzung von Grundrechten in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen wird vom BVerfG in ständiger Rspr. (2) angewandt. Mit der Güterabwägung werden ebenfalls allgemein Grundrechtskollisionen im Rahmen der Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gelöst.(3) Für den Bereich privatrechtlicher Grundrechtsanwendung und -Begrenzung operieren mit ihr außerdem Schwabe, (4) Göldner, (5) Erichsen (6) und Achterberg. (7)

- (1) Preis DB 1971, 1571; Schmidt RdA 1972, 92; Leisner S. 329 f.; Börner S. 86; Westerkamp S. 121 ff; Weiland S. 315; Poschenrieder S. 250, 261 f.; ähnlich auch Ramm Die Freiheit der Willensbildung S. 64 f; siehe in der Rspr. auch BAG NJW 1962, 1982
- (2) BVerfGE 7, 198, 220; 25, 256; 30, 173; 35, 202, 219; 59, 35
- (3) so BGH NJW 1978, 2151; BGH NJW 1971, 1655; BGHZ 24, 82; 31, 313; 36, 82; 45, 308; BGH NJW 1959, 525; BGH NJW 1965, 1476; BGH WM 1978, 62; Palandt-Thomas BGB § 823 Anm. 15 D; Fritze NJW 1968, 2358
- (4) Schwabe S. 116 f.
- (5) Göldner S. 126
- (6) Erichsen Staatsrecht I S. 61
- (7) Achterberg JZ 1975, 718 f.

Kritisch mit der Methode der Güterabwägung hat sich dagegen insbesondere Fr. Müller (1) auseinandergesetzt. Er (2) kritisiert an der Methode der Güterabwägung das Behaupten angeblicher Höherwertigkeiten und methodisch unreflektierte und normativ nicht vermittelte Einschränkungen von Grundrechten.

### c) Praktische Konkordanz

Die Güterabwägung setzt Fr. Müller (3) das Prinzip der praktischen Konkordanz entgegen, das auf beiderseitigen schonendsten Ausgleich, auf Harmonisierung und gegenseitige Ergänzung statt auf die Behauptung von Höherwertigkeiten gerichtet ist. Dabei besteht praktische Konkordanz zunächst in einer Herausarbeitung des hermeneutischen Eigenwertes der Normbereiche und in einer Präzisierung des Grundrechts nach Fallgruppen. (4) Fr. Müllers praktische Konkordanz erweist sich als Fortführung hermeneutischer, Fallgruppen präzisierender Grundrechtsauslegung. Die Kritik an der Gefahr der Güterabwägung, Vorränge oder Höherwertigkeiten von Interessen und Rechtsgütern und letztlich von Normen zu behaupten, (5) zielt zunächst gegen eine abstrakt-generelle Güterabwägung, die den Vorrang von Grundrechten und Rechtsgütern unabhängig vom Einzelfall behauptet und damit in der Tat in Gefahr gerät, Grundrechtspositionen an den Schrankenregelungen der Verfassung vorbei zu entwerten. Indes zielen die Bedenken Fr. Müllers zum großen Teil an der Praxis der Methode der Güterabwägung vorbei, als das BVerfG falltypische Gestaltung und Umstände des Einzelfalls durchaus be-

- (1) Fr. Müller Juristische Methodik S. 52 ff; ders., Normstruktur und Normativität S. 207 ff., 214; ders., Die Positivität der Grundrechte S. 18 f.
- (2) ebenso außerdem Hesse § 2 III, § 12 I g); Pestalozza Der Staat 1963, 448; Ramm JZ 1964, 583; ders., JZ 1966, 219; Bettermann JZ 1964, 601
- (3) Fr. Müller Normstruktur und Normativität S. 213; ders., Juristische Methodik S. 175 f.; ders., Die Positivität der Grundrechte S. 89; ebenso Pestalozza Der Staat 1963, 438; Hesse § 2 III, § 12 I g); Scheuner VVDStRL 22 (1965), 1, 33
- (4) Fr. Müller Normstruktur und Normativität S. 208, 213; ders., Juristische Methodik S. 54
- (5) Fr. Müller Juristische Methodik S. 53; ders., Normstruktur und Normativität S. 208 f.



rücksichtigt. (1) So ist Güterabwägung durchaus als Methode anzuerkennen, wenn nur die zugrundeliegenden Kriterien rationalisiert werden. (2) Angesichts dieses Befundes wundert es nicht, daß sich Fr. Müller (3) gegen die zu einzelfallbezogene, zu wenig typisierende Vorgehensweise der Rspr. (4) wendet. Er kritisiert, daß in methodisch unreflektierter Weise verfassungsrechtliche, unterverfassungsrechtliche und überhaupt nicht rechtliche Gesichtspunkte miteinander vermischt angewandt werden. (5)

Um konkrete Interessenabwägung und Interessenbewertung ist jedoch nicht heranzukommen, (6) auch nicht wenn Fallgruppenbildung und Typisierung vorgeschaltet werden. (7) Immerhin setzt Fr. Müller (8) der Güterabwägung die Methode der praktischen Konkordanz gegenüber, um beide Gefahren einer Güterabwägung, einseitige abstrakt-generelle Bevorzugung von Rechtsgütern auf Kosten anderer und dezisionistisches freies am Einzelfall orientiertes Argumentieren fern vom Verfassungstext, zu bannen. Erstrebt wird Harmonisierung sowie Optimierung von Grundrechten.

- (1) BVerfGE 35, 225; siehe auch BVerfGE 7, 210; außerdem für eine derartige einzelfallbezogene Güterabwägung Bethge S. 278 ff., 316 ff.; Larenz Methodenlehre S. 410; H. H. Rupp NJW 1973, 1774; siehe auch Ossenbühl Der Staat 1971, 80, der dem BVerfGE eine - zu sehr - einzelfallbezogene Güterabwägung attestiert; eingehend zur Güterabwägung des BVerfGE H. Schneider Güterabwägung S. 153 ff., 181 ff.; 202 ff., 222, 245, der dem BVerfGE ebenfalls attestiert, keine einseitigen Vorrangverhältnisse in die Verfassung hineininterpretiert zu haben, sondern allenfalls abstrakte Rangunterschiede durch Verfassungsauslegung gewonnen zu haben.
- (2) so auch Achterberg Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts S. 268 = Der Staat 1969, 176 f. gegen Hesse § 2 III, § 12 I g); außerdem H. Schneider Güterabwägung S. 210 ff.
- (3) Fr. Müller Normstruktur und Normativität
- (4) insbesondere gegen BVerfGE 7, 230
- (5) Fr. Müller Normstruktur und Normativität S. 211
- (6) Schwabe Probleme der Grundrechtsdogmatik S. 319 ff. ist der Auffassung, daß richtig betriebene Güterabwägung zum gleichen Ergebnis wie praktische Konkordanz kommt.
- (7) Ossenbühl Der Staat 1971, 80 f.; Bethge S. 316 ff.; Larenz Methodenlehre S. 318.; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 2 I Rdn. 13; Blaessing S. 43, 162; Achterberg Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts S. 268 = Der Staat 1969, 177; so auch dezidiert BVerfGE 35, 225, wo Fallgruppenbildung und Einzelfallabwägung als Bestandteile der Güterabwägung erscheinen.
- (8) Fr. Müller Normstruktur und Normativität S. 208 ff.; ders. Die Positivität der Grundrechte S. 89; ders., Juristische Methodik S. 175 ff.

Indes wird nicht klar, was unter Harmonisierung verstanden wird. Versteht Pestalozza (1) unter Harmonisierung Rechtsquellenharmonisierung, um die Einheit der Verfassung und der Rechtsordnung interpretativ herauszuarbeiten, so meint Fr. Müller (2) damit auch die subjektivrechtliche Harmonisierung zweier divergierender Interessensphären im Sinne eines nach beiden Seiten hin schonendsten Ausgleichs der Interessen zweier Individuen. Eine solche Harmonisierung von Interessen ist jedoch weder unbedingt wünschenswert noch gar realistisch, steht doch nicht zu erwarten, daß sich die Beteiligten eines Rechtsstreites von vornherein mit einer wenn auch nur geringen Beschneidung ihrer Interessensphäre abfinden. Fr. Müller konzidiert selbst, (3) daß wegen "verschiedener Lagerung von Schutz-zonen" und verschiedener Eingriffsintensitäten eine ausgewogene Balance durch gleich starkes Beschneiden der Grundrechte nicht möglich ist. Begriffe wie Harmonisierung und schonendster Ausgleich stellen zu hohe Erwartungen an die Lösung von Grundrechtskollisionen. Ob immer eine "Optimierung verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter" (4) möglich ist, ist höchst zweifelhaft. (5) Festzuhalten bleibt nur, daß die Selbstverständlichkeit, daß Grundrechtskonflikte weder prinzipiell zu Lasten eines Rechtsgutes zu lösen sind noch prinzipiell im Sinne einer "ausgewogenen Balance" (6) austariert werden müssen, für die Lösung des Sachproblems auch methodisch noch nichts gewinnt, sondern allenfalls den Spielraum möglicher Ergebnisse aufzeigt.

(1) Pestalozza Der Staat 1963, 438; auch Scheuner DVBl 1958, 849; ausdrücklich ferner Göldner S. 52 ff.

(2) Fr. Müller Normstruktur und Normativität S. 213

(3) Fr. Müller Die Positivität der Grundrechte S. 89; ders., Juristische Methodik S. 176

(4) dies fordert Hesse § 2 III 2) c)

(5) siehe H. Schneider Güterabwägung S. 212

(6) Fr. Müller Die Positivität der Grundrechte S. 89; ders., Juristische Methodik S. 176

Im übrigen bringt die von Fr. Müller (1) vertretene Definition des Normbereichs als grundrechtsspezifische Ausübungs- oder Zustandsform, die durch Typizität und durch strukturelle Notwendigkeit belegt wird, die Gefahr unzulässiger und uneinsichtiger Verkürzungen der grundrechtlichen Gewährleistungen um atypische und unspezifische Grundrechtsausübungen mit sich, so daß - überraschenderweise - die Wahl der Modalitäten des Freiheitsgebrauchs durch den Grundrechtsberechtigten nicht mehr geschützt ist. (2) Typisierung von Verletzungstatbeständen, Präzisierung des Normbereichs und Bildung grundrechtsspezifischer und am Grundrechtsgehalt orientierter Fallgruppen ist Rationalisierung von Grundrechtsauslegung. (3) Dadurch wird Güterabwägung jedoch nicht überflüssig, sondern auf eine rationale Basis gestellt. (4) Von dieser ersten Basis der Rationalisierung aus können weitere falltypische Konflikt- und Kollisions-situationen eruiert werden, deren Entscheidungsmaßstäbe der Verfassung zu entnehmen sind, wodurch der Rechtsfindungsprozeß weiter rationalisiert wird. (5) Damit ist methodisch der Boden für die abschließende normativ vermittelte Güterabwägung, die um der Besonderheit des Einzelfalles und Einzelfallgerechtigkeit willen erforderlich ist, bereitet. Topische Normbereichskonkretisierung durch Typisierung von Fällen macht (allein schon deshalb, weil sich nicht jeder Fall in die Raster solcher Typizität pressen läßt) (6) Güterabwägung nicht überflüssig, sondern rationalisiert sie in ihren Voraussetzungen. (7) Wichtig ist dabei nur, Güterabwägung in zweierlei Hinsicht methodisch reflektiert zu betreiben. Zum einen muß abgeklärt werden, was an Rechtsgütern und Interessen überhaupt in die Abwägung eingestellt werden kann; zum anderen muß das Gewicht dieser

- (1) Fr. Müller Die Positivität der Grundrecht S. 89, 98; Freiheit der Kunst S. 64, 100 ff.
- (2) Wülfing S. 100 f.
- (3) Ossenbühl Der Staat 1971, 80; Fr. Müller Die Positivität der Grundrechte S. 23 ff.; Bethge S. 274 f.; BVerfGE 35, 225
- (4) Bethge S. 274 ff.; Achterberg Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts S. 268 = Der Staat 1969, 177
- (5) Ossenbühl Der Staat 1971, 80; Bethge S. 274 ff.
- (6) siehe Ossenbühl Der Staat 1971, 80 f.; Fr. Müller Juristische Methodik 182; ders., Die Positivität der Grundrechte S. 99
- (7) siehe Bethge S. 275 ff.

Rechtsgüter und Interessen normativ vermittelt werden, und es sind diese Rechtsgüter und Interessen ihrerseits fall-spezifisch typisierend zu orten und so in ihrer Bedeutung zu konkretisieren.

## 2.) Entgegenstehende Grundrechte des DFB

Von diesem methodischen Ausgangspunkt aus sind die Grundrechte, die der DFB der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) der Spieler entgegenzusetzen könnte, zu bewerten.

### a) Vereinsautonomie

Die Rechtsstellung der Lizenzfußballspieler könnte zunächst durch die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) des DFB begrenzt sein. Art. 9 GG gewährleistet auch die Vereinsautonomie. (1) Dieses Recht, die innere Ordnung des Vereins selbstbestimmt zu gestalten, ist aber von vornherein nur im Rahmen des Rechts gewährleistet. Die Vereinsautonomie kann nicht dazu dienen, Grundrechte anderer einzuschränken. Die Vereinigungsfreiheit ist ein bloßes Ausübungsrecht zur kollektiven Verfolgung eines grundrechtlich legitimierten Zweckes, wobei dieser Zweck in der Realisierung eines inhaltlich definierten Grundrechts besteht. (2) Art. 9 GG schützt die kollektive Inanspruchnahme von Grundrechten, wobei dem Kollektiv nach dem GG nicht mehr Freiheiten als dem Individuum eröffnet sind. (3) Die Vereinigungsfreiheit kann daher nicht dazu dienen, Unterordnung unter Vereinszwecke zu verlangen und Grundrechtsbeeinträchtigungen anderer zu rechtfertigen.

(1) v. Münch GG Art. 9 Rdn. 19

(2) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 9 Rdn. 39 f.; zur Unterscheidung von Inhalts- und Ausübungsrecht siehe auch Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 82 ff.

(3) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 9 Rdn. 39 f.

Nur scheinbar kollidiert die Vereinigungsfreiheit des DFB mit der Berufsfreiheit der Spieler. Aus Art. 9 GG kann eine Begrenzung der Berufsfreiheit der Spieler nicht abgeleitet werden.

b) Eigentum an der Ablösesummenforderung

Verschiedentlich ist eingewandt worden, die Abschaffung der Ablösesummen würde eine entschädigungslose Enteignung der Bundesligavereine bedeuten. (1) Als Merkposten ist hier zu berücksichtigen, daß nicht jede Vereinbarung einer Ablösesumme gegen Art. 12 GG verstößt. (2) Somit kann schon, was die Wirkungen der Berücksichtigung von Grundrechten der Spieler angeht, von einer völligen Enteignung der Vereine keine Rede sein. Vordringlicher aber ist der Normgehalt des Art. 14 GG zu orten, der als Grundrecht dem DFB und den Vereinen zustehen kann. Jede vermögenswerte Rechtsposition ist Eigentum i. S. d. Art. 14 GG. (3) Die Rechtsposition muß jedoch bereits vorhanden sein; Geschäftschancen und Erwerbsaussichten fallen nicht unter Art. 14 GG. (4) Daß Art. 14 keine Chancen und Verdienstmöglichkeiten schützt, sondern eine objektbezogene Gewährleistungsfunktion hat, während das Grundrecht der Berufsfreiheit in hohem Maße zukunftsgerichtet ist, (5) wurde auf die griffige Formel gebracht, Art. 14 GG schütze das Erworbene, also das Ergebnis der Betätigung, Art. 12 GG hingegen den Erwerb, die Betätigung selbst. (6)

(1) Westerkamp S. 130 unter Hinweis auf Klatt S. 92

(2) siehe oben § 10 2)

(3) Richtungsweisend BGHZ 6, 278; BVerfGE 1, 277; BGHZ 59, 256; 50, 290; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 14 Rdn. 32; Ossenbühl Staatshaftungsrecht S. 98; Bonner Kommentar-Kimminich GG Art. 14 Rdn. 20; Wolff-Bachof I § 32 III a) 3); Badura AöR 98 (1973), 153; von Mangoldt-Klein GG Art. 14 Anm. III 1) b)

(4) von Mangoldt-Klein GG Art. 14 Anm. III 1) b); Achterberg JZ 1975, 717; Aicher S. 316 f.; Ossenbühl Staatshaftungsrecht S. 110, 131; BGH NJW 1964, 769; BVerfGE 20, 34; 28, 142; 30, 334

(5) BVerfGE 28, 142; 30, 334

(6) BVerfGE 30, 335; Wittig FS f. G. Müller S. 590

Die Aussicht eines Vereins, in Zukunft für den Spieler eine Ablösesumme zu erhalten, ist eine Erwerbsaussicht, die jederzeit dadurch zunichte gemacht werden kann, daß der Spieler Sportinvalide wird, seinen Beruf aufgibt oder bis zum Ende seiner Karriere bei dem betreffenden Verein bleibt. Es handelt sich um eine zukünftige, noch nicht bestimmte Forderung. Ein Schutz durch Art. 14 GG käme erst in Betracht, wenn die Ablösesummenforderung zwischen zwei Vereinen durch Abschluß eines entsprechenden Vertrages entsteht. Für die Erwerbsaussicht, bei späterem Transfer in Zukunft eine Ablösesumme zu erlangen, ist Art. 14 GG hingegen nicht einschlägig. Vereine und DFB können der Berufsfreiheit somit nicht das Grundrecht aus Art. 14 GG entgegensetzen.

### 3.) Entgegenstehende einfache Rechte und Interessen ohne Grundrechtsqualität

Scheiden somit Grundrechtskollisionen zwischen DFB und Spielern wegen der den jeweiligen Grundrechten durch Auslegung entnommenen Begrenzung der sachlichen Schutzbereiche aus, so ist damit der Blick für den Inbegriff der Interessen, mit denen der DFB die Ablösesummenpraxis rechtfertigt, frei.

#### a) Begrenzung der Berufsfreiheit der Spieler durch einfache Rechte und Interessen

Ob solche Interessen des DFB wie der Gesichtspunkt des Ausgleichs für Entdeckung und Förderung und die Gewährleistung wirtschaftlich gesunder Vereine und sportlicher Wettbewerbsfähigkeit angesichts der Tatsache, daß es hier nicht mehr um Grundrechtskollisionen geht, sondern um die Begrenzung von Grundrechten durch Rechtspositionen ohne Grundrechtsqualität, überhaupt die Begrenzung des Grundrechts der Berufsfreiheit tragen können, kennzeichnet die methodische Anforderung, die in die Güterabwägung einzustellenden Rechte und Interessen zu bestimmen.

In der Lit. ist die Auffassung verbreitet, daß zu den immanenten Grundrechtsschranken bzw. zu den Rechten anderer i. S. d. Art. 2 I GG wohl subjektive Rechte, jedoch nicht einfache rechtlich nicht geschützte Interessen zu zählen sind. (1) Die Grundrechtsbindung kann jedoch kein Verbot der Interessenwahrnehmung bedeuten. (2) In der Formulierung von "bloßen Interessen, die keinen selbständigen Schutz innerhalb der Rechtsordnung genießen", (3) liegt Affirmation: Interessen sollen keinen Schutz genießen, weil sie als bloße Interessen nicht schutzwürdig sind. Weil die Bewertung von Interessen aber ein diffiziler Prozeß ist, ist Güterabwägung auch und gerade Interessenabwägung. Da im Rahmen der inzwischen allgemein angewandten Methode der Interessenjurisprudenz (4) Rechtsgüterabwägung und Interessenabwägung Facetten desselben methodischen Vorgehens sind, spricht nichts dagegen, die Interessen des DFB im Rahmen einer Güterabwägung zu berücksichtigen. (5) Die Verbandsinteressen des DFB müssen daher im Einzelfall den Interessen der Spieler mindestens gleichrangig sein.

b) Die Verbandsinteressen des DFB in der verfassungsrechtlichen Bewertung

Wichtigster Aspekt, der vom DFB für die Ablösesummenregelung ins Feld geführt wird, ist, daß Ablösesummen einen Ausgleich für Mühen und Investitionen bieten sollen, die der abgebende Verein für die Entdeckung, Förderung und Ausbildung des Spielers aufgewandt hat. (6)

- (1) von Münch-Niemöhlmann GG Art. 2 Rdn. 20; Hamann-Lenz GG Anm. B 5; Nipperdey Die Grundrechte Bd. IV/2 S. 782 f.; für Art. 4 GG ferner Herzog DVB1 1969, 721 f.)
- (2) H. P. Westermann S. 89, 92; Westerkamp S. 124 ff; Poschenrieder S. 262
- (3) so von Münch-Niemöhlmann GG Art. 2 Rdn. 20
- (4) Meyer-Hesemann S. 145 ff.
- (5) Zur Interessenjurisprudenz siehe außerdem Krawietz Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis S. 170, 173 ff.; ders., Jahrbuch f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 2 S. 16, 19, 32 ff.; ders., Rechtstheorie Beiheft 1 S. 143 ff., 150 ff; Hubmann AcP 155 (1956) 85 ff.; Kallfass, Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz, passim
- (6) BGH NJW 1976, 566; Preis S. 59 f.; Bachner NJW 1976, 2246; Poschenrieder S. 263; Weiland S. 317; Westerkamp S. 126 f.; Klatt S. 92



Der erste Teilaspekt der Entdeckung kennzeichnet das Interesse der Vereine, die "Talentsuche", (1) das Aufspüren vielversprechender Zukunftshoffnungen in unterklassigen Mannschaften belohnt zu sehen. Die Ablösesummen differenzieren jedoch überhaupt nicht danach, ob ein Spieler vom abgebenden Verein entdeckt worden ist oder nicht. Zu berücksichtigen ist auch, daß, da im allgemeinen Arbeitsleben den Ablösesummen vergleichbare Zahlungen unbekannt sind, (2) die Vereine bereits deshalb gehalten sind, sich auf die Entdeckung von Talenten zu konzentrieren, um überhaupt ausreichend Arbeitskräfte zur Verfügung zu erhalten, denn mindestens das Kontingent von aus Altersgründen ausscheidenden Spielern muß durch neue Spieler aus den unteren Klassen ersetzt werden. Jeder Arbeitgeber, der die Leistungsfähigkeit seines Betriebes erhalten und steigern will, ist gehalten, bei der Auswahl mindestens der Arbeitskräfte, die führende Positionen bekleiden, Talentsuche zu betreiben und nach bisher noch nicht entwickelten oder angewandten Fähigkeiten von Arbeitskräften Ausschau zu halten. Allerdings können die Vereine geltend machen, daß sie Spieler aus dem Nichts in die Bundesliga und damit in das Rampenlicht der Öffentlichkeit bringen. (3) Am ehesten vergleichbar ist diese Konstellation mit der Entdeckung von Popmusikern durch Manager und Produzenten. (4) Niemand würde es einfallen, einen finanziellen Ausgleich beim Wechsel von Manager oder Plattenfirma zu fordern. Der Interessenausgleich vollzieht sich allein über die Vertragsgestaltung; Produzenten und Plattenfirmen können langfristige Gewinne durch langfristige Verträge, mit denen auch ein entsprechendes Risiko verknüpft ist, sicherstellen.

(1) zur Talentsicherung im Fußball vgl. Krämer S. 67 ff.

(2) siehe auch Buchner NJW 1976, 2244; auch Poschenrieder S. 263

(3) Ein Beispielfall dafür ist Thomas Kampe, der aus der Bezirksliga vom MSV Duisburg verpflichtet wurde und dort auf Anhieb B-Nationalspieler wurde.

(4) Analog der Karriere vom Tellerwäscher zum Millionär gelingt es immer wieder Sängerinnen, beim Wäschewaschen oder auf der Straße, will man den einschlägigen public-relations-Verlautbarungen und Schilderungen der eigenen Karriere Glauben schenken, beim Singen von Produzenten entdeckt und flugs zum Starruhm geführt zu werden.

Ein gesonderter Schutz desjenigen, der Talente entdeckt, ist vor dem Hintergrund dieser Situation überflüssig. Ebenso können im Profifußball Vereine sich die Dienste der von ihnen entdeckten Spieler längerfristig dadurch sichern, daß entsprechende längerfristige Verträge abgeschlossen werden. (1) Nicht nur das darin liegende Risiko, daß sich die sportliche Leistungsfähigkeit eines Spielers längerfristig negativ entwickelt, wird von den Vereinen nicht auf sich genommen, (2) wobei hinzukommt, daß die Vereine schon deshalb an längerfristigen Bindungen kein Interesse haben weil die personelle Fluktuation und die Verpflichtung ständig neuer Spieler zur Steigerung der Attraktivität des Vereins und damit der Zuschauerzahlen erwünscht und finanzielle möglicherweise sogar notwendig sind, die Vereine halten sogar vielfach eine Reihe von Nachwuchsspielern als Profis für die Bundesliga bereit, von denen, was vorher bekannt ist und in Kauf genommen wird, nur wenige den Sprung in die Bundesligamannschaft schaffen. Gezielt werden so Talente verschlissen, um aus der großen Auswahl von Talenten Wenige herauszufinden, die sich für einen Bundesligastamplatz eignen, während die Vielen, die namenlos bleiben, keinen neuen Vertrag erhalten und ihr Auskommen woanders, etwa in der 2. Liga, suchen müssen. (3)

Der zweite Teilaspekt der Ausbildung kennzeichnet das Interesse der Vereine, für ihre Lehrtätigkeit, die durch die Trainer ausgeübt wird, einen Ausgleich zu erhalten. (4) Ausbildende Wirkung hat in erster Linie das Training, das der Erlangung der notwendigen allgemeinen körperlichen Leistungsfähigkeit sowie der Vorbereitung auf das nächste Spiel dient.

(1) vgl. Westerkamp S. 140

(2) vgl. Westerkamp S. 140

(3) Beispiele solcher Vereinspolitik sind Borussia Mönchengladbach, MSV Duisburg und Eintracht Frankfurt

(4) vgl. Preis S. 61; Westerkamp S. 126

Einen gewissen Trainingseffekt haben auch Freundschafts- und selbst Pflichtspiele, da sie die mannschaftliche Geschlossenheit und das Spielverständnis verbessern. (1) Training ist jedoch nicht gesonderte Ausbildung, sondern Verrichtung der geschuldeten Arbeit selbst, und zwar Arbeitsvorbereitung, der Probenarbeit von Orchestermusikern vergleichbar. (2) Allerdings hat das BAG Rückzahlungsklauseln für geleistete Ausbildungshilfen in beschränktem Umfang für zulässig gehalten. (3) Doch ganz abgesehen davon, daß Ablösesummen nicht vom Arbeitnehmer zu zahlen sind und auch derart hoch bemessen sind, daß dem Arbeitnehmer die Zahlung in den meisten Fällen unmöglich ist, (4) sind die vom BAG (5) entwickelten Grundsätze schon deshalb nicht anwendbar, weil es sich bei der Ausbildung während des Trainings nicht um gesonderte Ausbildungsmaßnahmen, sondern um notwendige Vorbereitung auf die Spiele und damit um einen Teil der Arbeitstätigkeit selbst handelt. In dem vom BAG entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber ohne Rechtspflicht dem Arbeitnehmer während der Dauer eines für die tarifliche Höhergruppierung notwendigen Fortbildungslehrgangs das Gehalt fortgezahlt. (6) Während der Dauer des Lehrgangs erhielt der Arbeitgeber keine Arbeitsleistungen, zahlte aber seinerseits den Lohn weiter. Auch bei der Beschäftigung von Lehrlingen und beim Einarbeiten neuer Arbeitskräfte, ja letztlich bei jeder Arbeitstätigkeit, da ständig eine gewisse Fortbildung und Anpassung an Neuerungen automatisch während des Arbeitsprozesses erfolgt, wird - zielgerichtet oder nicht - Ausbildung und Weiterbildung geleistet. In innovationsintensiven Branchen stellt sie nachgerade eine Notwendigkeit dar. Kennzeichnend für die genannten Beispiele ist, daß Arbeitsleistung und Lernerfolg miteinander verknüpft sind.

- (1) Aus diesem Grunde führen viele Bundesligavereine vor Saisonbeginn Trainingslager und eine Reihe von Freundschaftsspielen durch; siehe die Aufstellung der Freundschaftsspiele in Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 63, S. 13; zur Praxis der Trainingslager W.-J. Müller Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 58, S. 10; Hägele Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 56, S. 13
- (2) vgl. Klatt S. 96, Poschenrieder S. 129 ff.
- (3) BAG NJW 1962, 1981
- (4) dies wird vom LAG Berlin NJW 1979, 2483 als entscheidender Aspekt angesehen
- (5) in BAG NJW 1962, 1981
- (6) BAG NJW 1962, 1981

Für diese durch die Arbeitstätigkeit erzielten Ausbildungserfolge wird allgemein ein Ersatz nicht gezahlt, ja noch nicht einmal erwogen. (1) Anders ist es, wenn ein Arbeitnehmer an einem Lehrgang teilnimmt und während dieser Zeit keine Arbeitsleistung erbringt. Nur in diesem Falle sind Rückzahlungsvorbehalte interessengerecht. (2) Die vom BAG (3) entwickelten Grundsätze über Rückzahlungsvorbehalte bei Abstellung zu Fortbildungskursen sind daher auf das Training von Bundesligaprofis nicht anwendbar. Hinzuzufügen ist noch, daß der Wert des trainingsbedingten Ausbildungserfolges durch die Trainingsmethode des jeweiligen Trainers relativiert wird, da jeder Trainer andere Spielsysteme (Raum- oder Manndeckung) praktiziert, andere taktische Maßnahmen und Varianten propagiert und andere Spielzüge einstudiert, die beim Mannschaftswechsel nicht übernommen werden können, sondern anderen Auffassungen des neuen Trainers weichen müssen. Ein großer Teil der Ausbildungsarbeit ist somit rein mannschaftsbezogen, ja mitunter - als Vorbereitung auf bestimmte wichtige Spiele - rein spielbezogen. Schließlich kommt es auch vor, daß Fähigkeiten von Spielern wegen fehlender Spielpraxis, vereinsinternen Querelen oder leistungshemmender taktischer Konzeption des Trainers verkümmern. (4)

Der Teilaspekt der Förderung des Spielers betrifft diejenigen Maßnahmen und Mühewaltungen des Vereins, die jener unternimmt, um dem Sportler das sportliche oder berufliche Fortkommen zu erleichtern und ihm den Start einer Karriere zu ermöglichen. Beschaffung von Arbeits- oder Lehrstellen, Unterstützung während der Schulzeit, berufliche Beratung, Hilfestellung bei der Bewältigung privater Probleme, Beratung bei Werbung und nicht zuletzt die Gewährung von Wettkampfmöglichkeiten mit der Möglichkeit, im Wettstreit mit gleich starken oder stärkeren Konkurrenzen die Leistungsfähigkeit und Wettkampferfahrung zu er-

(1) siehe Preis S. 61

(2) Darauf stellt auch BVerwGE 30, 71 ab.

(3) BAG NJW 1962, 1981

(4) siehe Westerkamp S. 133; Preis S. 60 weist darauf hin, daß mancher hervorragende Spieler seine Fähigkeiten nicht entfalten kann, weil er nicht in das Konzept des Trainers paßt. Ein Beispiel dafür ist Del Haye, der, obwohl A-Nationalspieler, bei Bayern München nur selten zum Einsatz kam; Schermann Kicker-Sportmagazin 1981 Nr. 67, S. 11; Franzke Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 66, S. 45

weitem, sind Förderungsmaßnahmen, die von den Vereinen geleistet werden, wobei einzuschränken ist, daß einerseits in allen Sportarten Amateure bzw. Nachwuchssportler in dieser Weise gefördert werden, ohne daß sie später Profis werden, und andererseits erfahrene Profis solche Förderung nicht mehr benötigen. Zwangsläufig liegt in jeder Sportart im Angebot sportlicher Betätigung auch eine Förderung der körperlichen Anlagen und des Charakters des Sportlers; hinzu kommt ebenso zwangsläufig Förderung durch die Gelegenheit zu sportlichen Wettkämpfen. Die Jugendförderung ist geradezu Aufgabe der Vereine, ohne daß sie sich darauf verlassen können, daß die von ihnen geförderten Sportler auch weiterhin am Sport interessiert bleiben. Unter der für die Argumentation, Ablösesummen seien ein Ausgleich für Aufwendungen für Förderung, notwendigen Prämisse, daß sich der Wert der Förderung überhaupt errechnen läßt, steht einer individuellen Vertragsgestaltung mit dem Spieler, die eine Bezahlung der Aufwendungen für Förderung oder entsprechende prozentuale Reduzierung des Gehalts vorsieht, nichts entgegen. Es kann den Vereinen durchaus zugemutet werden, für von ihnen wahrgenommene Förderungsmaßnahmen oder Managementaufgaben mit dem Spieler ein Entgelt zu vereinbaren und so über die Gestaltung der Spielerverträge im Einzelfall ihre Interessen zu verfolgen, statt nach Vertragsschluß den Spieler in seiner Berufsfreiheit nur deshalb zu beschränken, weil der Spieler während der Laufzeit des Arbeitsvertrages möglicherweise geldwerte Vorteile ohne Entgelt erhalten hat. (1) Den Erfolg der Förderungsmaßnahmen können sich die Vereine außerdem durch längerfristige Arbeitsverträge sichern. (2) Wenn dennoch ein finanzieller Interessenausgleich zwischen den Vereinen im Falle der Verpflichtung eines Amateurspielers durch einen Profiverein in begrenztem Ausmaß gerechtfertigt erscheint, dann nur deshalb, weil der aufnehmende Verein durch die Verpflichtung des Amateurspielers von Aufwendungen

(1) Dabei können Maßnahmen der Förderung ohnehin durch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers geboten sein; zur Fürsorgepflicht siehe BAGE 7, 280; BAG BB 1975, 1343

(2) siehe Preis S. 61; Westerkamp S. 140; skeptisch Weiland S. 318

für die eigene Amateur- und Jugendarbeit entlastet wird (1) und die Fähigkeiten des Spielers kommerziell (etwa durch Erzielung hoher Zuschauerzahlen) verwerten kann. Dieser Aspekt wirkt sich jedoch nicht mehr auf die rechtliche Beurteilung aus, da (2) in der Vereinbarung von Ablösesummen in Höhe von 20.000,-- - 40.000,-- DM beim Wechsel von Amateurspielern zu Profimannschaften ohnehin keine Beschränkung der Berufsfreiheit zu sehen ist. Ansonsten sind die geltend gemachten Aspekte der Entdeckung, Ausbildung und Förderung teils gänzlich unzutreffend und insgesamt nicht so gewichtig, daß sie eine Einschränkung der Berufsfreiheit der Spieler rechtfertigen könnten.

Darüber hinaus werden für die Beibehaltung der Ablösesummen weitere Argumente ins Feld geführt. Befürchtet wird, daß finanzstarke Vereine ohne das Korrektiv von Ablösesummen die höchsten Gehälter zahlen und deshalb den "ärmeren" Vereinen überlegene Mannschaften anbieten könnten, während Ablösesummen kleineren Vereinen die Möglichkeit geben, durch Transfers wichtiger Spieler das Defizit an Zuschauerentnahmen auszugleichen. (3) Ohne den zumindest partiellen Ausgleich ungleicher wirtschaftlicher Ausgangspositionen könnten nicht nur einige Vereine sportlich nicht überleben, es würde insgesamt der sportliche Wettbewerb verzerrt und kleineren Vereinen die Möglichkeit genommen, zur Spitze aufzuschließen. Bereits diese Analyse der wirtschaftlichen Zusammenhänge trifft nicht zu. Da der Transfermarkt ein Binnenmarkt ist, werden keine zusätzlichen Einkünfte erzielt, sondern nur Belastungen innerhalb der Bundesligavereine verschoben. Wegen der Bindung der Ablösesummen an die Spielergehälter sind finanzstarke Vereine, die hohe Gehälter zahlen, bei der Erzielung hoher Ablösesummen strukturell im Vorteil. Ablösesummen haben keinesfalls die wirtschaftliche Gesundung der Masse der Vereine erreicht, sondern das genaue Gegenteil, nämlich eine immer größere Verschuldung des Gros der Bundesligavereine. (4)

(1) siehe Preis S. 60; Weiland S. 316 f.; Westerkamp S. 127

(2) siehe oben § 10 3) d)

(3) Westerkamp S. 130 f.; Weiland S. 316; Poschenrieder S. 267

(4) so auch Westerkamp S. 142 f.

Gerade für Vereine, die schärfer kalkulieren müssen und kein größeres liquides Vermögen besitzen, machen Ablösesummen die Etatberechnung zu einem Spiel mit mehreren Unbekannten, da die später bei einem Transfer zu erzielende Summe vorher nicht berechnet werden kann. Dies verleitet wohl die Vereine dazu, allzu optimistischen Einschätzungen des "Wertes" der Spieler anzuhängen. Demgegenüber ist die Kalkulation allein mit den Zuschauereinnahmen frei von den Imponderabilien des Transfermarktes. Unzutreffend ist auch, daß ohne Ablösesummen wenige finanzstarke Vereine sportlich dominieren. Auch Ablösesummen haben nicht verhindern können, daß die Bundesliga in den letzten Jahren von den finanzstarken Vereinen Bayern München, Hamburger SV und VfB Stuttgart dominiert wurde. Umgekehrt hat der 1. FC Köln in der Saison 1980/81 trotz hoher Investitionen nur einen Mittelplatz erreicht, während der 1. FC Kaiserslautern als finanzschwacher Verein sich über mehrere Jahre hinweg in der Spitzengruppe platzieren konnte. Umgekehrt gelang es, obwohl behauptet wird, daß die Abschaffung der Ablösesumme in Frankreich eine radikale Verschlechterung der Situation zur Folge gehabt habe, (1) dem FC Sochaux, einem Kleinstadtverein, in der Saison 1980/81 bis in das Halbfinale des UEFA-Cups vorzudringen. Diese Beispiele zeigen, daß Ablösesummen die Stärkeverhältnisse zwischen den Vereinen nicht entscheidend beeinflussen können. Aber nicht nur die Prämissen, auch die Schlußfolgerungen aus den genannten Argumenten überzeugen nicht. Voraussetzung für die wirtschaftliche Überlegenheit einiger Vereine sind nicht allein das durch Großstadtlage und bevölkerungsreiches Umland bedingte hohe Zuschauerpotential, sondern auch das Fassungsvermögen des Stadions. Während die meisten Stadien überwiegend im Besitz der Kommunen sind, (2) profitieren einige Vereine von der Weltmeisterschaft 1974 (3) und spielen in Großstadion, die sich nicht zu finanzieren brauchten, deren Fassungsvermögen ihnen aber nun zugute kommt.

(1) so Weiland S. 316

(2) Westerkamp S. 128

(3) Düsseldorf, Hannover, München, Dortmund, Gelsenkirchen



Sollte das wirtschaftliche Ungleichgewicht als ungerecht empfunden werden, so wäre es Sache des DFB, der bereits einige Vereine einseitig begünstigt hat, für einen Ausgleich zu sorgen, und nicht Sache der Spieler, durch einseitige Beschränkung des Vereinswechsels unterschiedliche Startchancen der Vereine auszugleichen.(1) Entscheidend ist schließlich, daß es Charakteristikum für den Berufssport ist, daß bessere Leistungen bessere Bezahlung zur Folge haben. Der wirtschaftliche Wettstreit um die Verpflichtung der besten Spieler mittels der Spielergehälter ist somit völlig normal und Begleiterscheinung der Professionalisierung des Berufssports. Zu dem sportlichen Wettbewerb kommt der wirtschaftliche Wettbewerb der Vereine um die Verpflichtung der besten Spieler. Dementsprechend ist es nur konsequent, daß der finanziell leistungsfähigere Verein auch die besseren sportlichen Aussichten hat. (2)

Die Interessenabwägung ergibt, daß die genannten Interessen von DFB und Vereinen an der Beibehaltung von Ablösesummen hinter dem Grundrecht der Spieler aus Art. 12 GG zurücktreten müssen. Damit ist der DFB jedoch nicht gehindert, diesen Interessen auf andere Weise als durch die Vorschrift von Ablösesummen in Verbindung mit der Sanktion der Sperrung des Spielers Geltung zu verschaffen.

- (1) Verfehlt jedoch Klatt S. 97 ff., der detaillierte Vorschläge für eine Änderung des Spielsystems macht, um die Lagevorteile einiger Vereine auszugleichen. Ob und in welcher Weise ein Ausgleich stattfindet, ist allein Sache des DFB, dem kein Konfliktlösungsmodell grundrechtlich aufgedrängt werden darf.
- (2) OLG Köln NJW 1971, 1368

## § 12 Grundrechtsverzicht durch den Spieler

Zu berücksichtigen ist allerdings, daß der die Ablösesummenregelung vorsehende Lizenzvertrag vom Spieler selbst unterzeichnet wird. Wenn auch die Bedingungen des Lizenzvertrages vom Spieler nicht beeinflußt werden können, so handelt es sich doch um einen Vertrag, in dem der betr. Spieler die Transferregelung akzeptiert. Dies wirft Probleme der Verzichtbarkeit von Grundrechten auf.

### 1.) Die Berücksichtigung der Vertragssituation im Rahmen des Grundrechtsverzichts

Dabei kommt angesichts der Tatsache, daß im Abschluß von Verträgen auch ein Freiheitsgebrauch liegen kann, die Vertragsfreiheit ins Spiel. Des weiteren ist davon abgesehen worden, die Vertragsfreiheit global der Berufsfreiheit als Schranke oder Begrenzung entgegenzustellen. Stattdessen kann der einzelne Arbeitsvertrag, der die Ausübung des Grundrechts aus Art. 12 GG ermöglicht, (1) auf seinen Inhalt hin kontrolliert werden. Den Zusammenhang zwischen Grundrechtsverzicht und Vertragsfreiheit hat zuerst unklar das BVerwG (2) herausgestellt, daß als Ausfluß der Vertragsfreiheit und der Privatautonomie im öffentlichen Dienstrecht die Freiheit bestehe, Beschränkungen eines Grundrechts auf sich nehmen. (3) Das BVerwG hat darauf hingewiesen, daß dies auch der Persönlichkeitsverwirklichung dienen könne. Jeder Grundrechtsverzicht kann aber nicht als Persönlichkeitsentfaltung angesehen werden. Maßgeblich ist nicht die Vertragsfreiheit als abstraktes Rechtsinstitut, sondern der konkrete Lizenzvertrag in seinen freiheitsbeschränkenden Auswirkungen.

(1) siehe Pietzcker Der Staat 1978, 544

(2) BVerwGE 14, 27

(3) ähnlich auch v. Münch-Niemöhlmann GG Art. 2 Rdn. 19

Bei der Anwendung der Grundrechte in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen ist die Vertragssituation und damit die Einwilligung des Betroffenen in die Grundrechtseinschränkung im Rahmen der Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts zu berücksichtigen. Damit entgeht man allen Gefahren, Art. 2 I GG in seiner Ausformung als Vertragsfreiheit Vorrang vor anderen Grundrechten zu geben (1) oder im Gegenzug die Vertragsfreiheit von vornherein hinter alle anderen Grundrechte zurücktreten zu lassen (2) und so die Möglichkeit vertraglichen Rechtsverzichts für alle denkbaren Fallvarianten gleich zu behandeln. Immerhin sind Grundrechte in der Drittrichtung leichter verzichtbar als in der Staatsrichtung, (3) da es um die Konkretisierung privatrechtlicher Rechtsbeziehungen und die Abgrenzung von Freiheitsphären zwischen gleichgeordneten Bürgern geht.

## 2.) Die Zulässigkeit eines Grundrechtsverzichts im Lizenzvertrag

Bei der vertraglichen Einwilligung der Spieler in die Regelungen über Transferentschädigungen durch Unterzeichnung des Lizenzvertrages handelt es sich um einen Verzicht auf das Grundrecht aus Art. 12 GG. Die Zulässigkeit eines solchen Grundrechtsverzichts ist in der Lit. stark umstritten. Teilweise wird ein Grundrechtsverzicht generell für unzulässig gehalten, (4) während ansonsten Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Grundrechtsverzichts aufgestellt werden (5) oder nach dem jeweiligen Grundrecht differenziert wird. (6)

- (1) vgl. Fr. Müller Die Positivität der Grundrechte S. 18 f.
- (2) so aber BAG NJW 1962, 1983; Achterberg JZ 1975, 717
- (3) vgl. Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 86
- (4) Sturm FS f. Geiger S. 197; Erichsen FS f. Wolff S. 239; ders., Staatsrecht I S. 155; Herbert Krüger VVDStRL 15 (1957), 131 f.
- (5) siehe Sturm FS f. Geiger S. 183 ff.; Pietzcker Der Staat 1978, 533 ff.
- (6) Für die Verzichtbarkeit des Grundrechts aus Art. 13 GG von Münch-Papppermann GG Art. 13 Rdn. 15; Gentz S. 37 ff.; außerdem Amelung S. 63 ff.

Die These, Grundrechte seien in jedem Falle unverzichtbar, (1) wird mit der Multifunktionalität der Grundrechte und ihrer Funktion für die Umsetzung von Verfassungsentscheidungen und für die Konstituierung des Staates begründet. Die individuelle Freiheitsbetätigung sei im Kontext zur demokratischen Staatsordnung zu sehen und konstituiere die freiheitliche Ordnung immer von neuem. (2) Diese Argumentation ist auch für Grundrechtsverzicht in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen beachtlich, da auch im gesellschaftlichen Bereich (3) eine demokratische und freiheitliche Ordnung konstituiert werden soll und gerade die gesellschaftliche Wirklichkeit so beschaffen werden soll, daß reale Freiheit und Ausübung der Grundrechte ermöglicht werden und die Grundrechte Voraussetzungen wirklicher Freiheit werden. (4) Will diese Auffassung ihre Prämissen strikt durchhalten, so ist sie gehalten, den Verzichtsbegriff eng zu fassen. Gerade wenn man dem Einzelnen die Verfügungsbefugnis über Grundrechte abspricht, (5) muß der Bereich der Grundrechte letztlich enger gefaßt, müssen Grundrechtsausprägungen und Folgewirkungen grundrechtlicher Gewährleistungen ausgeblendet werden, was im Widerspruch zu der These steht, die Grundrechte hätten im gesellschaftlichen Bereich und in der Konstituierung einer demokratischen Ordnung besondere Bedeutung. Es sollte etwa unbedenklich sein, einem Polizeibeamten auch dann das Betreten der eigenen Wohnung zu gestatten, wenn dieser zwangsweise sich keinen Einlaß verschaffen dürfte. (6)

(1) so Sturm FS f. Geiger S. 197; Erichsen FS f. Wolff S. 239; ders., Staatsrecht I S. 155

(2) Sturm FS f. Geiger S. 195 f.; Häberle Die Wesensgehaltsgarantie S. 4 f.

(3) eine andere Sicht des Verhältnisses Gesellschaft/Staat, die Gesellschaft als Oberbegriff für verschiedene Teilsysteme sieht, bietet N. Luhmann Der Staat 1973, 5 f.

(4) Sturm FS f. Geiger S. 194

(5) wie Erichsen Staatsrecht I S. 155 und Sturm FS f. Geiger S. 198 dies tun

(6) so auch von Münch-Pappermann GG Art. 13 Rdn. 15, die darin einen zulässigen Grundrechtsverzicht sehen; Erichsen Staatsrecht I S. 155 hält dies für einen unzulässigen Verzicht, während Sturm FS f. Geiger S. 185 meint, hierbei handle es sich nicht um einen Verzicht, sondern um bloßes Nichtausüben eines Grundrechts. Sturm ist also gezwungen, den Verzichtsbegriff eng zu fassen, um mit dem Beispiel zurechtzukommen, wobei die Abgrenzung zwischen Verzicht und Nichtgebrauch utilitaristisch ist.

Dieses Beispiel soll verdeutlichen, wie sehr diese Auffassung bereits den Verzichtsbegriff einengen muß, um zu akzeptablen Ergebnissen zu kommen. Ähnlich muß auch der Abschluß eines Arbeitsvertrages, in dem ja gleichzeitig der Verzicht auf die Möglichkeit, woanders zu arbeiten, aus der Verzichtsproblematik ausgeblendet und als Betätigung der Berufsfreiheit verstanden werden. (so Göldner JZ 1976, 355; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 51; dagegen Pietzcker Der Staat 1978, 539, 541) Jene Auffassung, die die staatskonstituierende Bedeutung der Grundrechte und ihre Unverzichtbarkeit betont, (1) übersieht, daß auch die (2) Nichtausübung für die Konstituierung des Staates problematisch ist. Ständige Hervorbringung von Demokratie, praktizierte Demokratie wird etwa unmöglich, wenn die Meinungsfreiheit überhaupt nicht mehr oder nur in affirmativer Weise ausgeübt wird, wenn Grundrechtswahrnehmung zum bestaunten Sonntagsergebnis wird. Unter diesen Voraussetzungen schadete es auch nicht mehr viel, wenn die Nichtwahrnehmung des Grundrechts in einem entgeltlichen Vertrag vereinbart wird. Argumentationsinkonsistenzen und der Zwang zu dogmatisch unbefriedigender Einengung des Verzichtsbegriffs sprechen also entscheidend gegen die Auffassung. Grundrechtsverzicht sei generell wegen fehlender Verfügungsbefugnis unzulässig.

Schwierigkeiten ergeben sich jedoch bei der Suche nach Kriterien für die Zulässigkeit eines solchen Verzichts, wobei von einem weiten Verzichtsbegriff auszugehen ist. (3) Dem Problem wurde mit der Unterscheidung von - wirkungslosem - Verzicht auf das Grundrecht selbst und - zulässigem - Verzicht auf die Ausübung beizukommen versucht.(4)

- (1) Erichsen Staatsrecht I S. 155; ders., FS f. Wolff S. 239; Sturm FS f. Geiger S. 197 f.
- (2) von Sturm FS f. Geiger S. 185 so genannte und dem Verzicht entgegengestellte
- (3) Pietzcker Der Staat 78, 539 spricht von individueller Verfügung über Grundrechtspositionen
- (4) so von Mangoldt-Klein GG Vorbem. vor Art. 1 B XV; Dürig ZGesStW 109 (1953), 326 ff.; ablehnend Erichsen Staatsrecht I S. 155; Sturm FS f. Geiger S. 185; Schick ZBR 1963, 67 ff.; dagegen später auch Dürig AöR 81 (1956), 152

Verzicht auf die Ausübung des Grundrechts und bloßes Nichtausüben des Grundrechts fallen zusammen, (1) sieht man von der Möglichkeit einer vertraglichen Verpflichtung einmal ab. Totalverzicht auf das Grundrecht als solches erscheint nur theoretisch möglich, so daß diese Unterscheidung die in praxi relevanten Fälle des Grundrechtsverzichts nicht voneinander abgrenzen kann.(2)

Eine andere Abgrenzung vertritt für den Bereich des Privatrechts Leisner. (3) Er hält den Grundrechtsverzicht im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages dann für zulässig, wenn die Einschränkung auch durch Gesetz geschehen könnte und hält Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt für verzichtsfest. Die Anwendung des Gesetzesvorbehaltssprinzips führt dabei zur Behauptung von Rangverhältnissen zwischen den einzelnen Grundrechten, indem suggeriert wird, daß die Wahrnehmung eines nicht unter Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechts wie etwa Art. 4 GG mehr "wert" ist als die vom Staat einschränkbaren Grundrechte. Beispiele, in denen etwa ein Verzicht auf die Glaubensfreiheit durchaus anzuerkennen wäre, sind leicht zu finden. Daß ein Mohammedaner, dessen Glauben das Gebet um 12 Uhr vorschreibt, auch eine Arbeitsstelle annehmen kann, die Arbeit gerade um diese Zeit erfordert, daß er auch am als Feiertag empfundenen Freitag arbeiten kann, (4) daß eine Jude am Samstag arbeiten kann, ohne daß im Abschluß solcher Arbeitsverträge ein unzulässiger Verzicht auf den Schutz des Art. 4 GG zu sehen ist, sollte nicht zweifelhaft sein. Beispiele dieser Art lassen sich zahlreich bilden; sie zeigen, daß in Einzelfällen durchaus auch Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt verzichtbar sein müssen, will man nicht gerade bei Art. 4 GG dem Gläubigen den Glaubenskonflikt geradezu aufdrängen und ihm die Freiheit, dem Glauben zuwiderzuhandeln, nehmen.

(1) unzutreffend daher die Unterscheidung zwischen beiden dogmatischen Figuren bei Sturm FS f. Geiger S. 185

(2) so auch Pietzcker Der Staat 1978, 537 f.

(3) Leisner S. 384 ff.; ähnlich für den Bereich des öffentlichen Rechts Dürig AöR 81 (1956), 152 f.

(4) Beispiel von Gamillscheg ACP 164 (1964), 437

Umgekehrt ergeben sich Bedenken gegen die unbegrenzte Verzichtbarkeit von Grundrechten mit einfachem Gesetzesvorbehalt wie das Briefgeheimnis oder gerade auch die Berufsfreiheit, die zu vertraglichem Freiheitsmißbrauch und zur Entwertung des Grundrechts führen kann, wobei der von Leisner (1) und Dürig (2) vorgeschlagene letzte Schutz durch die Wesensgehaltsgarantie aus verschiedenen bereits oben (3) dargelegten Gründen problematisch und wahrscheinlich auch ineffektiv ist. Mit den den Grundrechten beigefügten Gesetzesvorbehalten (4) läßt sich auch in der Frage des Grundrechtsverzichts (5) wenig gewinnen.

Ein weiterer Ansatzpunkt besteht in der durch den Verzicht herbeigeführten Bindung. Die rechtliche Bindungswirkung eines vertraglichen Verzichts kann zunächst auf unabsehbare Zeit bestehen, ohne daß die Möglichkeit einer Kündigung des Vertrages besteht, oder auch befristet ohne die Möglichkeit einer Kündigung bestehen. Eine solche rechtliche Totalbindung würde es dem Grundrechtsträger verwehren, sich auf das Grundrecht zu berufen, ohne daß er die Möglichkeit hat, seine Dispositionsfreiheit über das Grundrecht zurückzuerhalten. Er hätte das Grundrecht in die Hände seines Vertragspartners gelegt. Ein solcher Grundrechtsverzicht ist in der Regel unzulässig. (6) Dabei sind für das Ausmaß der zeitlichen Bindung das Ausmaß der Grundrechtsbeschränkung einerseits und die Ausgestaltung der Kündigungsmöglichkeit andererseits maßgebend; je mehr von dem Grundrecht erhalten bleibt und je leichter die Kündigung des grundrechtseinschränkenden Vertrages ist, desto eher ist ein Grundrechtsverzicht zulässig. (7)

(1) Leisner S. 384 ff.

(2) Dürig AöR 81 (1956), 152 f.

(3) unter § 7 2) b) cc)

(4) zu ihrer Funktion Wülfing S. 26 ff., 56 ff.

(5) weitere Gründe gegen die Argumentation mit den den Grundrechten beigefügten Gesetzesvorbehalten ergeben sich aus den Ausführungen unter § 11 1) a)

(6) Dürig AöR 81 (1956), 153; siehe auch Amelung S. 15 ff., 63 ff.

(7) vgl. Pietzcker Der Staat 1978, 548 und Amelung S. 15 ff.



Umgekehrt könnte man schließen, daß ein Grundrechtsverzicht immer dann zulässig sei, wenn ein Ausscheiden aus der Bindung durch Kündigung oder noch einfacher durch freien Widerruf möglich ist. Auch die Fälle der jederzeitigen freien Widerrufbarkeit der Verfügung über das Grundrecht (1) sind Unterfälle des Grundrechtsverzichts, da auch die Einwilligung die Handlung der Behörde bzw. des Privaten rechtmäßig macht, was in einer anschließenden Fortsetzungsfeststellungsklage oder Feststellungsklage noch nachträglich überprüft werden kann. So ist etwa das Verweilen eines Polizeibeamten, dem der Zutritt zur Wohnung gestattet wurde, bis zum Widerruf der Einwilligung rechtmäßig; der Widerruf nimmt dem Beamten die Berechtigung zum Verweilen nur ex nunc. (2) Eine vertragliche Bindung ist nicht schon deshalb zulässig, weil ein Ausscheiden aus der Bindung möglich ist. Für den Bereich grundrechtsbeschränkender Verträge im Berufsfußball wäre mit dieser Lösung auch nichts gewonnen, da sie dazu führen würde, daß der Spieler den Lizenzvertrag kündigen müßte, um sich von der Grundrechtsbeeinträchtigung zu befreien. Daß der Berufsfußballspieler wegen der Festsetzung von Ablösesummen aus dem bezahlten Fußballsport ausscheiden muß, soll gerade verhindert werden. (3)

- (1) Einwilligung und Verzicht sind dabei nur zwei Formulierungen desselben Sachproblems, so daß es nicht angängig ist, Fälle sogenannter Einwilligung anders zu behandeln; siehe Pietzcker Der Staat 1978, 536. Abzulehnen ist deshalb die Auffassung von Amelung S. 15 ff., der zwischen dem rechtlich bindenden "Verzicht", den er generell für unzulässig hält, und der nicht bindenden Einwilligung unterscheidet.
- (2) Das gleiche gilt für den Aufenthalt von Privaten in fremden Wohnräumen. Sturm FS f. Geiger S. 185 hält alle diese Fälle für nicht unter den Verzichts begriff fallend, meint fälschlich, daß die Möglichkeit des freien Widerrufs dazu führt, daß die Einwilligung rechtlich nicht verbindlich ist und übersieht dabei, daß bis zum Widerruf die Handlung rechtmäßig ist. Sturm will lediglich vermeiden, eine Pflicht zur Grundrechtsausübung zu statuieren, operiert dabei aber mit unzureichenden Abgrenzungskriterien. Wie hier außerdem Pietzcker Der Staat 1978, 533
- (3) so wurde gerade als Folge des Bundesligaskandals diskutiert, ob Lizenzentzüge gegen Art. 12 GG verstoßen; siehe dazu H. P. Westermann S. 84 ff.; Poschenrieder S. 272 ff.; Schlosser S. 65 f.; Rauball S. 281 ff.; von Münch-Gubelt GG Art. 12 Rdn. 58; Preis DB 1971, 1571 ff.; Alberts JuS 1972, 590 ff.

Durch eine Kündigung des Lizenzvertrages würde der Spieler nicht nur den Zugang zum Bundesligabetrieb, auf den es ihm ja gerade ankommt, wenn er die Sperre wegen fehlender Ablösesummenzahlung bekämpft, verlieren, es würde auch unmöglich werden, je die Verwendung der vom DFB aufgestellten Vertragsvorschriften zu verhindern.

Verbietet sich so die Verwendung der genannten griffigen Abgrenzungs- und Problemlösungskriterien angesichts der Bandbreite der Fälle, die sich als Grundrechtsverzicht oder als individuelle Verfügung über Grundrechtspositionen darbieten, (1) so können Aufschlüsse und Hinweise von der Dogmatik des öffentlichrechtlichen Vertrages erhofft werden, der in besonderem Maße subjektive Rechte und öffentlichrechtliche Rechtspositionen des Bürgers zur Disposition der Vertragsschließenden stellt, wobei oft Bedenken, die aus dem Prinzip der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung resultieren, mit dem Satz "volenti non fit iniuria" beiseite geräumt werden. (2) So hat das BVerwG (3) ausgeführt, daß der Gesetzesvorbehalt öffentlichrechtliche Verträge nicht erfasse, da es, auch soweit Grundrechtspositionen berührt werden, angesichts der Mitwirkung des Bürgers nicht zu Eingriffen im Sinne des Gesetzesvorbehalts kommt. Die einverständliche Mitwirkung des Bürgers führt also nicht nur zum Nichtvorliegen eines Eingriffs, sondern auch zur Suspendierung vom Vorbehalt des Gesetzes. Ähnlich hält Bleckmann (4) zwar die Verwaltung im Bereich öffentlichrechtlicher Verträge für unmittelbar an die Grundrechte gebunden, erkennt aber an, daß die einverständliche Mitwirkung des Bürgers die Grenze des Grundrechtsschutzes zu seinen Lasten verschieben kann und Beeinträchtigungen von Grundrechten nicht notwendig dem Gesetzesvorbehalt unterliegen. (5)

(1) siehe Pietzcker Der Staat 1978, 531 f.

(2) BVerwGE 42, 335; Göldner JZ 1976, 355; Meyer-Borgs VwVfG § 54 Rdn.52

(3) BVerwGE 42, 335

(4) Bleckmann VerwArch 63 (1972), 434 f.

(5) Bleckmann VerwArch 63 (1972), 433 sieht darin eine Ausprägung des Grundsatzes "volenti non fit iniuria".

Die Gegenposition wird von Erichsen, (1) Bosse, (2) von Mutius (3) und Imboden (4) eingenommen, die die Berufung auf die Zustimmung des Bürgers im Bereich außergesetzlicher oder gar grundrechtswidriger Belastungen für unzulässig halten. Dennoch sind nicht im Gesetz vorgesehene Belastungen (5) eben nur durch die vertragliche Zustimmung auferlegbar, so daß allenfalls das Prinzip des Vorrangs des Gesetzes, (6) nicht aber das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes der Verpflichtung entgegensteht. (7) Gerade im Bereich öffentlichrechtlicher Verträge besteht die Gefahr, daß die Verwaltung ein Machtübergewicht gegenüber dem Bürger ausnutzt. (8) Dieser Gefahr wird in § 56 VwVfG Rechnung getragen, indem für Gegenleistungen, zu denen sich der Vertragspartner der Behörde verpflichtet, eine Reihe einschränkender Voraussetzungen aufgestellt werden. Insbesondere muß die Gegenleistung angemessen sein und im Sachzusammenhang mit der Leistung der Behörde stehen, § 56 I S. 2 VwVfG. (9) Der Grund für das Koppelungsverbot und das Erfordernis der Angemessenheit, nämlich das Machtübergewicht des einen Teils (10), liegt vielfach auch bei privatrechtlichen Verträgen vor. Das Machtübergewicht eines Vertragspartners kann daher nicht ohne Folgerungen für die Zulässigkeit eines Grundrechtsverzichts bleiben, da sich ein vor dem Hintergrund überwältigender wirtschaftlicher Überlegenheit des Vertragspartners getätigter Rechtsverzicht eben nicht mehr als Ausdruck von Freiheit und als Betätigung in Selbstverwirklichung begreifen läßt.

(1) Erichsen Verwaltungsrecht I S. 149

(2) Bosse S. 52

(3) von Mutius VerwArch 65 (1974), 208

(4) Imboden Der verwaltungsrechtliche Vertrag S. 70 f.

(5) wie die Übernahme von Folgekosten; siehe dazu BVerwGE 42, 334; von Mutius VerwArch 65 (1974), 201 ff.

(6) so deutlich unterscheidend Pietzcker Der Staat 1978, 534 f.

(7) Pietzcker Der Staat 1978, 534; Bleckmann VerwArch 63 (1972), 434 f., siehe auch Göldner JZ 1976, 354 f., der wegen der Überbetonung des Gesetzesvorbehalts zu einem engen Verzichts begriff gezwungen wird.

(8) Stelkens-Bonk-Leonhardt VwVfG § 59 Rdn. 21; BVerwGE 42, 343; Meyer-Borgs VwVfG § 56 Rdn. 8

(9) siehe dazu BVerwGE 42, 331; Knack VwVfG § 56 Rdn. 5; Meyer-Borgs VwVfG § 56 Rdn. 7, 9; Stelkens-Bonk-Leonhardt § 56 Rdn. 43; Götz JuS 1970, 5 ff.; Asam BayVB1 1967, 191; Menger VerwArch 64 (1973), 205 ff.; von Mutius VerwArch 65 (1974), 211 f.; Kopp VwVfG § 56 Rdn. 17

(10) Stelkens-Bonk-Leonhardt VwVfG § 59 Rdn. 21; Meyer-Borgs VwVfG § 56 Rdn. 8; BVerwGE 42, 343

Hier, bei der Frage nach der Zulässigkeit eines Verzichts auf eine Grundrechtsposition, ist der Ort, um angemessen faktisches Machtungleichgewicht und die freiheitsbedrohende Tätigkeit sozialer Gewalt zu berücksichtigen. (1)

Der Vergleich mit öffentlichrechtlichen Verträgen weist auf die Rolle hin, die Machtüberlegenheit der einen Seite spielen kann. Sie kann zu unangemessenen Vertragsbedingungen und zu freiheitsvernichtenden Wirkungen führen, so daß der Verzicht sich nicht mehr als Ausdruck freier Entscheidung, sondern als mehr oder weniger erzwungene Folge eines Machtübergewichts der anderen Seite darstellt. Das Vorliegen sozialer Macht kann jedoch nicht das einzige Kriterium für die Unzulässigkeit eines Grundrechtsverzichts sein. Auch bei faktischem Machtgleichgewicht und in Situation tatsächlich realisierter Entscheidungsfreiheit kann es notwendig sein, einen Vertragspartner vor einer zu starken freiwilligen Entäußerung seiner Rechte notfalls auch gegen sich selber zu schützen. (2) Ausmaß und objektive Angemessenheit des Grundrechtsverzichts sind daher ebenfalls zu berücksichtigen. (3) Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß Art. 12 GG ein vertragsnahes Grundrecht ist, daß sich oft - nicht immer! - gerade die individuelle Verfügung über das Grundrecht der Berufsfreiheit in Form vertraglicher Bindung als Ausdruck von Selbstverwirklichung durch die Grundrechte erweist und somit Art. 12 GG

- (1) Das Vorhandensein eines Machtübergewichts führt demnach nicht zur Begründung einer Drittwirkung der Grundrechte, - wie auch im Bereich des öffentlichrechtlichen Vertrages die Grundrechte unabhängig davon gelten, ob im Einzelfall die Behörde faktischen Druck ausübt - sondern lediglich zu einer Einschränkung der vertraglichen Verzichtbarkeit von Grundrechtspositionen. Das bedeutet umgekehrt, daß es im Bereich außervertraglicher deliktischer privatrechtlicher Verletzung von Grundrechtspositionen auf faktisches Machtübergewicht nicht ankommt.
- (2) siehe Pietzcker Der Staat 1978, 539; Gamillscheg AcP 164 (1964), 416; BAG NJW 1962, 1983; BVerwGE 14, 28; E. Scheffler Die Grundrechte Rd. IV/1 S. 317
- (3) siehe Dürig AöR 81 (1956) 153; BVerwGE 42, 338, 343; 30, 69; BAG NJW 1962, 1983; Pietzcker Der Staat 1978, 544 f.; in diesem Zusammenhang ist auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten; siehe Achterberg JZ 1975, 719 f., der allerdings die Berücksichtigung finanzieller Vorteile des Verzichtenden ablehnt; weiter Westerkamp S. 140 ff.

einem Verzicht in Form vertraglicher Bindung einen weiteren Anwendungsbereich zukommen läßt als andere Grundrechte wie etwa das Wahlrecht oder das Persönlichkeitsrecht. (1) Das Vorliegen sozialer Macht oder wirtschaftlicher Überlegenheit ist dabei nicht isoliert als Bedingung der Unzulässigkeit eines Verzichts auf die Berufsfreiheit zu sehen, sondern als Aspekt im Rahmen der Feststellung der Freiwilligkeit des Verzichts. Für einen wirksamen Grundrechtsverzicht ist Freiwilligkeit zu fordern; (2) dabei verbietet es sich aber, den Freiwilligkeitsbegriff formal zu fassen und nur Fälle rechtlichen Zwangs oder von vis compulsiva zu berücksichtigen. (3) Gerade wenn die Verzichtbarkeit von Grundrechten Ausdruck individueller Autonomie und freier Selbstverwirklichung sein soll, müssen die Bedingungen für Autonomie und Selbstverwirklichung gegeben sein, müssen reale Verhaltensalternativen gegeben sein. (4) Gerade soziale Macht tendiert dazu, diese Autonomie zugunsten durchstrukturierter Ordnungsmodelle zu beseitigen und Situationen tatsächlicher Alternativlosigkeit und der Unausweichlichkeit zu schaffen, wodurch Freiheitsgebrauch unversehens in Freiheitsvernichtung umschlägt. Dieses Spannungsverhältnis von Freiheitsgebrauch und Freiheitsvernichtung im Bereich sozialer Machtstrukturen ist durch begriffliche Abgrenzungen in Form von Definitionen des Freiwilligkeitsbegriffs nicht in den Griff zu bekommen. (5) Es wird nicht nur von den existenziellen Bedürfnissen des Grundrechtsträgers, von seiner realen Freiheit, sich auch anders zu entscheiden, geprägt, sondern auch vom Einsatz subtiler Methoden der Willensbeeinflussung auf Seiten des Grundrechtsgegners.

(1) Pietzcker Der Staat 1978, 544 f.

(2) Sturm FS f. Geiger S. 179, 184; Pietzcker Der Staat S. 541; Dürig AöR 81 (1956), 152 f.; Gamillscheg AcP 164 (1964), 413 ff.; von Münch-Papppermann GG Art. 13 Rdn. 15; Leisner S. 270; Westerkamp S. 118 f.

(3) In diesen Fällen dürfte es schon am Vorliegen eines ohne Willensmängel zustande gekommenen Vertrages fehlen; vgl. auch Sturm FS f. Geiger S. 183

(4) Sturm FS f. Geiger S. 179, 184; Pietzcker Der Staat 1978, 539, 541, 544

(5) Anders aber Sturm FS f. Geiger S. 184

Solche Methoden bedienen sich nicht allein des faktischen Zwanges und der Schaffung von Situationen realer Unausweichlichkeit, sondern viel öfter des Anreizes der Selbstpreisgabe von Rechten, der psychologischen Beeinflussung, der versteckten Verführung, ja letztlich des Wechselspiels von Zuckerbrot und Peitsche. (1) In diesem Zusammenhang kommt auch den hohen Spielergehältern keine die Ablösesummen legitimierende Kraft zu; sie werden im Gegenteil in den Mechanismus des Anreizes zum Grundrechtsverzicht einbezogen. (2) Statt einseitiger Beschwörung von Schlagworten wie sozialer Macht und Freiwilligkeit ist eine differenzierende Bilanzierung der faktischen Position des verzichtenden Spielers geboten, die letztlich nur durch eine einzelfallbezogene Abwägung die reale Freiheit und die Angemessenheit des Verzichts berücksichtigender Gesichtspunkte geleistet werden kann. Dabei gilt für den zwischen DFB und Spieler abgeschlossenen Lizenzvertrag, daß die kollektive quasinormative Regelung durch den DFB die Berufung auf den individuellen Verzichtsakt des Spielers ausschließt. (3) Wirksamer Verzicht erfordert reale Alternativen. Die Spieler verzichten auf den Schutz des Art. 12 GG nur, um überhaupt in den Genuß der Teilnahme am Spielbetrieb zu kommen. Verzichtet wird auch nicht generell auf die Möglichkeit, ohne Ablösesumme zu wechseln, da die DFB-Regelungen durchaus auch Transfers beinhalten, die trotz Zahlung einer Ablösesumme ohne Behinderung des Vereinswechsels erfolgen. Die Annahme, die Spieler hätten in allen denkbaren für sie nachteiligen von den DFB-Reglungen gedeckten Transfermodalitäten eingewilligt, ist eine bloße Fiktion. (4)

(1) Burmeister DÖV 1978, 5

(2) Verfehlt daher Poschenrieder S. 260 ff.; der Verletzungen der Berufsfreiheit mit den hohen Gehältern rechtfertigt und sogar den Schöpfern des Grundgesetzes unterstellt, die Grundrechtsgeltung nach dem Einkommen differenziert und damit einkommensabhängig gewollt zu haben.

(3) Im Ergebnis auch Westerkamp S. 118 f.

(4) vgl. Sturm FS f. Geiger S. 1980

Damit werden keinesfalls Leistungsgrundrechte im Privatrecht anerkannt. Nicht ein Anspruch auf Abschluß eines Vertrages erwächst dem Spieler, sondern es wird ein bestehender Vertrag grundrechtskonform ausgestaltet. Sonst hätte es ja der den Vertragsschluß Anbietende in der Hand, durch die Alternative Verweigerung des Vertragsschlusses - Vertrag zu grundrechtswidrigen Bedingungen jede Berufung auf das Grundrecht unmöglich zu machen und das Grundrecht völlig zu entwerten, ja gezielt gegen das Grundrecht zu verstoßen. Damit wird auch nicht dem DFB positiv eine bestimmte Gestaltung des Bundesligaspielbetriebs aufgezwungen, sondern lediglich eine Inhaltskontrolle bestehender Verträge durchgeführt.

Liegt also in der Unterzeichnung des mit dem DFB abgeschlossenen Lizenzvertrages durch den Spieler kein wirksamer Verzicht, so könnte doch ein solcher wirksamer Verzicht durch Verträge zwischen Spielern und Vereinen, in denen Höchstbeträge für Ablösesummen fixiert werden, zulässig sein. Vereinzelt haben Spieler in ihren Verträgen mit dem Verein die Ablösesumme limitiert. (1) Solche Vereinbarungen stellen dann einen wirksamen Verzicht auf den Schutz des Art. 12 GG dar, wenn die Vertragsbedingungen nicht grob unangemessen sind und es sich um eine Individualabrede handelt, die nicht allein auf Druck des Vereins hin zustandegekommen ist. Insbesondere wäre es unzulässig, die Regelungen des DFB durch ein Netz von Verträgen des Vereins mit den Spielern, die zwingend eine Ablösesumme vorsehen, zu ersetzen. Eine solche Umkonstruktion der Vertragsbeziehungen würde, da dann erneut eine Situation faktischer Unausweichlichkeit einträte, zu unzulässigem Grundrechtsverzicht und damit ebenfalls zur Verfassungswidrigkeit führen.

- (1) siehe Poschenrieder S. 265 f. Völlig verfehlt ist es, wenn Poschenrieder aus diesen Einzelfällen folgert, daß deshalb in allen anderen Fällen Art. 12 GG nicht verletzt ist. Daß eine Verletzung des Art. 12 GG deshalb nicht vorliegen soll, weil in einem anderen Fall keine Verletzung des Art. 12 GG vorliegt, ist uneinsichtig. Daß die Nichtigkeit eines Vertrages dadurch geheilt werden kann, daß irgendein anderer Vertrag nicht nichtig ist, wäre eine Novität.



Umgekehrt muß aber ein Spieler sich an der individuell vereinbarten Festlegung einer Ablösesumme auch dann festhalten lassen, wenn er auch durch die vereinbarte niedrige Ablösesumme noch beim Vereinswechsel behindert wird. (1) Obwohl der Spieler sich in diesem Beispiel nur einschränkt, da er ohne die Vertragsklausel frei wechseln könnte, liegt ein zulässiger Grundrechtsverzicht insoweit vor, als auf die Möglichkeit, zu einem geringeren als dem festgesetzten Betrag wechseln zu können, verzichtet wird. Immerhin ist eine solche Klausel für den Spieler noch deshalb vorteilhaft, weil sie ihm Sicherheit über die Modalitäten eines Wechsels verschafft, zumal sie den Verhandlungsspielraum verringert. Allein in der vertraglichen Bindung des Spielers durch den DFB-Lizenzvertrag liegt kein zulässiger Grundrechtsverzicht, so daß in den unter § 10 3) dargestellten Fallkonstellationen das Verlangen einer Ablösesumme eine verfassungswidrige Verletzung der Berufsfreiheit des Spielers bedeutet.

- (1) Beispiel: Spieler und Verein haben eine Summe von 50.000,-- DM vereinbart; ein interessierter Verein bietet nur 40.000,-- DM

## § 13 Ablösesummen und Menschenwürde

Verstöße der Ablösesummenregelung gegen Art. 1 I GG wurden bisher nicht oder nur am Rande diskutiert. Während das LAG Berlin (1) mehr am Rande zur Diskussion gestellt hat, ob Art. 1 I GG deshalb verletzt sei, weil ein Verkauf von Arbeitnehmern stattfindet, wurde in der Lit. verschiedentlich unklar darauf hingewiesen, daß die Freiheit der beruflichen Betätigung auch Ausdruck der Menschenwürde sei und Art. 1 I GG deshalb auch mitverletzt sei. (2) Indes ist bereits umstritten, ob Art. 1 I GG dem Einzelnen überhaupt ein subjektives Grundrecht gewährt.

### 1.) Objektivrechtliche Bedeutung der Menschenwürde

Bisweilen wird betont, daß das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 1 I GG abzuleiten ist und Ausdruck dessen ist, daß der Mensch seine Persönlichkeit durch die Berufsausübung verwirklichen soll. (3) In diesem Sinne interpretiert Preis (4) Art. 1 I GG als Ausdruck des Gedankens der Selbstverwirklichung und der Autonomie und betont, daß die berufliche Betätigung (Art. 12 GG) der Selbstverwirklichung dient und menschenwürdig gestaltet sein muß. Der so angesprochene Zusammenhang zwischen Art. 1 I und Art. 12 GG bleibt unklar. Zu unterscheiden ist der Normbereich des Art. 1 I GG, seine tatbestandliche Geltung und seine Schutzfunktion einerseits und die Ausstrahlungswirkung andererseits. Daß alle Grundrechte in größerem oder weniger großem Ausmaß ihre Grundlage und Grundidee in Art. 1 I finden, daß sie als Ausdruck eines Wertdenkens verstanden werden können, das auf der Menschenwürde basiert und aufbaut, bedeutet noch nicht, daß der normative Gehalt von Art. 1 I GG und etwa Art. 12 GG identisch ist.

(1) LAG Berlin 1979, 2582

(2) so Preis S. 62 f.; Samstag S. 106; Burmeister DÖV 1978, 6 f.

(3) Hamann-Lenz GG Art. 12 Anm. A 2); Hesse § 12 I 9) a); BVerfGE 7, 377; 6, 36; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 27; BAG NJW 1962, 1982

(4) Preis S. 62 f.

Die Ausstrahlungswirkung dergestalt, daß das Grundrecht der Berufsfreiheit auch im Gedanken der Menschenwürde verwurzelt ist, hat, da sie nichts zur Bestimmung des Schutzbereichs des Art. 1 I GG beiträgt, außer Betracht zu bleiben. Auszugehen ist zunächst davon, daß Art. 1 I GG als Norm mit eigenständig definiertem Schutzbereich nicht nur Programmvorschrift ist, sondern eine objektive Rechtsnorm. (1) Bei dieser Bestimmung des Normgehaltes ist nicht zu fragen, welche Schutzwirkung Art. 1 I GG neben Art. 12 GG noch zu erzielen vermag, (2) sondern welchen Schutzbereich Art. 1 I GG als eigenständige Rechtsnorm abstellt, so daß fallspezifische Konkretisierungen des Art. 1 I GG im Bereich des bezahlten Fußballsports gefunden werden können. (3)

## 2.) Grundrechtsqualität der Menschenwürde

Mit dieser Charakterisierung des Art. 1 I GG als Bestandteil des objektiven Verfassungsrecht ist nicht notwendig auch die Qualifikation als subjektives Grundrecht verbunden, da nicht alle Normen des objektiven Verfassungsrechts gleichzeitig auch subjektive Rechte gewähren. (4) Schließlich kann die Menschenwürde nur für den subjektiven Rechtsschutz des einzelnen Berufsfußballspielers nutzbar gemacht werden, können Verletzungen der Menschenwürde nicht allein beklagt, sondern nur dann eingeklagt werden, wenn Art. 1 I GG auch als subjektives Grundrecht zu verstehen ist.

- (1) BayVerfGH VGHE 1,32; von Mangoldt-Klein GG Art. 1 Anm. III 1); Löw DÖV 1958, 517; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 28, 31; Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 2; Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 251 ff.; 268, 276; Dürig AöR 81 (1956), 123; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 15; siehe auch BVerwGE 18, 38
- (2) so aber Doehring Staatsrecht S. 280
- (3) so zutreffend Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 250
- (4) Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 266, 276

Ob Art. 1 I GG ein subjektives Grundrecht, dessen Verletzung der Einzelne gerichtlich rügen kann, ist umstritten, wobei unter der großen Anzahl befürwortender (1) und ablehnender Stellungnahmen (2) nur wenige Stimmen sich um eine ausführliche Begründung bemühen. (3)

a) Die Menschenwürde als Grundlage eines Wertsystems

Dürig (4) begreift Art. 1 I GG als oberstes Konstitutionsprinzip allen objektiven Rechts und leitet daraus ab, daß Art. 1 I GG gar kein subjektives Grundrecht gewähre. Er begreift Art. 1 I GG als Rezeption eines naturrechtlich vorgegebenen Wertbegriffs, der die Basis für ein Wertsystem bilde, dem ein entsprechendes Anspruchssystem folge, in dem sich der Hauptwert zu den Teilwerten wie ein rechtlicher Obersatz zu seinen Teilen verhalte. (5)

- (1) für die Anerkennung eines subjektiven Grundrechts der Menschenwürde: BVerfGE 1, 104; 30, 173; BayVerfGH VGHE 1, 32, 2, 89 ff; Löw DÖV 1958, 516; Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 283; LAG NJW 1979, 2582; von Münch-Herdemerten GG Art. 1 Rdn. 12; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 32; Giese GG Art. 1 Anm. II 1; Hamann GG Art. 1 Anm. B; BGHZ 13, 338; BAGE 4, 281; Bleckmann S. 46; Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 11 f.; Erichsen Staatsrecht I S. 180; N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 74; Hildegard Krüger NJW 1953, 1772; Hamann BB 1955, 105; Süsterhenn FS f. Nawiasky S. 144; Geiger Grundrechte und Rspr. S. 31; Hildegard Krüger RdA 1954, 368; Geiger BVerfGG § 90 Anm. 4; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 1 Rdn. 1; Maunz-Sigloch-Schmidt-Klein BVerfGG § 90 Rdn. 49; Leibholz-Rupperecht BVerfGG § 90 Rdn. 65
- (2) so BVerfG NJW 1973, 1231; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 4, 13; Maunz § 14 II 1; Dürig AöR 81 (1956), 117 ff.; Stein § 20 I; Döhring Staatsrecht S. 280; Münch Die Menschenwürde S. 3; Wertenbruch GG und Menschenwürde S. 31; Nawiasky Grundgedanken des GG S. 20 ff; Leisner S. 141, 146; Abendroth VVDStRL 8 (1952), 161 f.; von Mangoldt-Klein GG Art. 1 Anm. III 2); OVG Hamburg DVBl 1951, 312; Kratzer FS f. Laforet S. 120; Lerche Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg S. 28; Apelt NJW 1949, 482; Trockel NJW 1975, 1444
- (3) Dies nur bei Löw DÖV 1958, 516 ff und Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 245 ff. einerseits und Dürig AöR 81 (1956), 117 ff. andererseits.
- (4) Dürig AöR 81 (1956), 117 ff.; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 2 ff.
- (5) Dürig AöR 81 (1956), 119

Die eigentlich daraus folgende Konsequenz, daß durch die Auflösung des Gesamtanspruchs in Einzelansprüche (1) der Gesamtanspruch Menschenwürde erhalten bleibt und daß auch der Oberwert durch die Teilwerte nur gestärkt, nicht aber entwertet werden kann, zieht Dürig jedoch gerade nicht, sondern hält es im Gegenteil für eine notwendige Folge der Charakterisierung des Art. 1 I GG als oberstes Konstitutionsprinzips allen Rechts, daß damit der Verlust einer eigenständigen Anspruchsgrundlage einhergehe. Dürig sieht darin keinen Nachteil, da wegen des umfassenden Schutzes durch Art. 2 GG Art. 1 I GG als subjektives Recht nicht bemüht werden brauche und entbehrlich sei. (2) Dabei ist jedoch nicht zu fragen, ob Art. 1 I GG auch entbehrlich sein könnte, sondern von der normativen Bedeutung des Art. 1 I GG auszugehen und sie durch Auslegung zu erschließen, (3) zumal bereits prima facie die Schranken des Art. 2 I GG andere als die des Art. 1 GG sind, so daß ein Austauschen beider Normgehalte zu einer Verschiebung der Schrankensystematik führen würde. So rekurriert Dürig auch auf ein Wertsystem, das durch ein außerrechtliches Menschenbild geprägt ist. Diese Menschenauffassung des GG sieht Dürig (4) im christlichen Persönlichkeitsbegriff, der jenseits von Individualismus und Kollektivismus die Gemeinschaftsbezogenheit des Menschen betont. Die Gefahren einer solchen Rezeption christlicher Wertvorstellungen naturrechtlicher Provenienz in den Normgehalt des Art. 1 I GG können gerade vor dem Hintergrund der weltanschaulichen Neutralität des Staates - Art. 4 GG - (5) nicht hoch genug eingeschätzt werden. Selbst wenn man davon ausgeht, daß die Schöpfer des Grundgesetzes von einem christlichen Menschenbild im Sinne Dürig's ausgegangen sind oder zumindest der Begriff der mensch-

(1) Dürig AöR 81 (1956), 120

(2) Dürig AöR 81 (1956), 122; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 13; so außerdem Doehring Staatsrecht S. 280; zu Dürig's Würdebegriff siehe außerdem Grimm S. 34 ff, dessen Kritik allerdings zu oberflächlich bleibt.

(3) siehe Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 250

(4) Dürig JR 1952, 260

(5) BVerfGE 10, 85; 19, 216; Hesse § 12 I 4; von Münch-Hellmich GG Art. 4 Rdn. 4

lichen Würde auch auf der Basis christlicher Vorstellungen als axiologischer Wertgehalt begriffen werden kann, so ist doch gerade zwischen Genese und Geltung von Rechtsnormen zu unterscheiden, will man nicht ganz unbestimmt spekulative Ideen mit dem Normgehalt selbst verwechseln. (1) In diesem Zusammenhang erweist sich die Behauptung Dürig's, es gebe keine moderne Wertauffassung, die nicht in das christliche Wertdenken einmündet, (2) nicht allein als Oberredungsversuch, der möglicherweise divergierenden Auffassungen eine gemeinsame christliche Wurzel aufzudrängen versucht, sondern auch als Versuch, eigene Werte als im GG deklarierte Rechtswerte auszugehen und damit dem GG die eigene naturrechtlich begründete, aber letztlich außerrechtliche Werttheorie zu unterlegen. (3) Die werthafte Bedeutung der Menschenwürde (4) liegt in ihrer Funktion als Rechtswert, (5) und nicht in der Rezeption eines christlichen Naturrechts, derer es angesichts der Positivität des Art. 1 I GG gar nicht bedarf. (6) Die Verneinung der Grundrechtsqualität des Art. 1 I GG kann daher keinesfalls auf außerverfassungsrechtliche, ja außerjuristische Wertvorstellungen und Werttheorien, die an der normativen Geltung des Art. 1 I GG nicht partizipieren, gestützt werden. Doch nicht allein die Voraussetzungen, von denen Dürig ausgeht, sondern auch die Schlußfolgerungen, die er zieht, fordern Kritik heraus. Seine Behauptung, daß mit dem Gewinn einer Basis eines Wertsystems gleichzeitig und zwangsläufig der Verlust einer eigenständigen Anspruchsgrundlage verbunden ist, (7) leugnet die Möglichkeit einer Multifunktionalität des Art. 1 I GG.

- (1) Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 265 f.
- (2) Dürig JR 1952, 260; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 15; so außerdem Lindemann DVB1 1957, 39
- (3) Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 265; siehe auch Suhr Entfaltung der Menschen S. 76 f.
- (4) Daß die Verfassung Werte statuiert und an Werten orientiert ist, muß bei aller Kritik außerrechtlicher und nicht normativ vermittelter Werttheorien festgehalten werden; siehe Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 259 f.; zu weitgehend Goerlich S. 131 ff., 157 ff., und Podlech Rechtsgeltung und Konsens S. 9 f., die jede Wertorientierung aus der Jurisprudenz entfernen wollen.
- (5) Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 261; der Begriff wird, allerdings in offenbar anderer Bedeutung, auch von Dürig AöR 81 (1956), 117 gebraucht.
- (6) siehe Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 262 f., 274 f., Häberle AöR 99 (1974), 440 ff.; H. P. Ipsen DV 1949, 488
- (7) Dürig AöR 81 (1956), 119; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 5

Daß Art. 1 I GG auch - jedenfalls nach Auffassung Dürig's - objektiver Rechtssatz und oberstes Konstitutionsprinzip des Rechts ist, sagt gar nichts über die Qualität als subjektives Recht aus. Auch kann eine Rechtsnorm sowohl Rechtswerte als auch subjektivrechtliche Ansprüche normieren. (1) Die Annahme, mit dem Gewinn eines Wertsystems sei gleichzeitig der Verlust einer Anspruchsgrundlage verbunden, ist reine Spekulation, auch wenn sie meint, eine Trennung des Anspruchsinhalts vom Anspruchsträger daraus ableiten zu müssen, daß der Wert der Menschenwürde als solcher, auch ohne daß ein bestimmter Rechtsträger vorhanden ist, verletzt sein kann, (2) da auch damit nur eine Funktion der Menschenwürde von mehreren möglichen beschrieben ist und damit nur gesagt ist, daß die Menschenwürde auch ohne konkreten Rechtsträger von normativer Bedeutung ist. Gegenüber allen Versuchen, Art. 1 I GG nur als Wertentscheidung zu sehen und anschließend fragwürdige Werttheorien, auf rechtlicher Ebene nicht mitnormierte und deshalb von Verfassungen wegen nicht generalisierbare Wertfundierungen und außerrechtliche Menschenbilder (3) als Normgehalt des Art. 1 I GG auszugeben, ist festzuhalten, daß die Grundrechtsqualität des Art. 1 I GG nur durch Auslegung (4) ermittelt werden kann.

b) Auslegung des Wortlauts des Art. 1 I GG

Verschiedentlich wurde versucht, eine Verneinung der Grundrechtsqualität des Art. 1 I GG auf den Wortlaut und insbesondere auf die Wörter "darum" und "nachfolgenden" in Art. 1 II, III GG zu stützen.

- (1) vgl. auch Friesenhahn Der Wandel des Grundrechtsverständnisses S. G 4 f.
- (2) vgl. BayVerfGH VGHE 1,32, wo dennoch die Menschenwürde als subjektives Recht angesehen wird; Dürig AöR 81 (1956), 119
- (3) siehe Suhr Die Entfaltung der Menschen S. 76, 77
- (4) siehe auch Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 263; ders., Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis S. 42 ff.



So wurde angenommen, daß nur die Art. 1 III GG nachfolgenden Rechte Grundrechte seien, nicht jedoch Art. 1 I GG, weil er vor Art. 1 III GG plazierte ist. (1) Nun kann man aus Art. 1 III, wenn man schon dem Wortlaut eindeutige Hinweise abringen will, viel eher folgern, daß die Art. 1 III vorstehenden Absätze die Gewalten gar nicht binden, was aber keineswegs gemeint sein kann. (arg. ad absurdum) (2) Weder nimmt Art. 1 III GG dem Art. 1 I GG die unmittelbare Rechtsgeltung, da es des Art. 1 III angesichts Art. 1 II GG gar nicht mehr bedurft hätte, (3) noch qualifiziert er alle Art. 1 III GG - jedenfalls bis Art. 19 - nachfolgenden Vorschriften zu Grundrechten, (4) so daß aus der Formulierung "die nachfolgenden Grundrechte" nichts gegen (5) die Grundrechtsqualität des Art. 1 I GG abgeleitet werden kann. (6) Ähnlich verhält es sich mit der Berufung auf das Wort "darum", dem einige Autoren die Aussage entlocken wollen, der Mensch hätte Menschenwürde, weil er Würde habe. (7) Wertenbruch (8) differenziert zwischen der Person als ontologischem Gehalt und den subjektiven Rechten, die diese Persönlichkeit hat.

- (1) so von Mangoldt-Klein GG Art. 1 Anm. III 2); Maunz § 14 II 1), Münch Die Menschenwürde S. 3; Wertenbruch GG und Menschenwürde S. 32
- (2) Diese verfehlte Konsequenz wird in der Tat von Nawiasky S. 22 gezogen. Als arg. ad absurdum wird sie hier von Löw DÖV 1958, 517 gezogen; wie hier außerdem Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 269 f.
- (3) Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 32; Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 13; Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 13; Hönsch S. 12; Löw DÖV 1958, 517 f.; von Münch-Herdmerten GG Art. 1 Rdn. 12
- (4) jedenfalls Art. 15 und 18 GG sind keine subjektiven Grundrechte; Löw DÖV 1958, 517; Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 269
- (5) Das umgekehrte Argument von Erichsen Staatsrecht I S. 180 und von Münch-Herdmerten GG Art. 1 Rdn. 12, Art. 1 I GG sei ein Grundrecht, weil es unter der Überschrift "Die Grundrechte" stehe, ist ebensowenig stichhaltig, da eben nicht alle folgenden Vorschriften Grundrechte sind.
- (6) so auch Löw DÖV 1958, 517 f.; Erichsen Staatsrecht I S. 180; von Münch-Herdmerten GG Art. 1 Rdn. 12; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 32. Die Überinterpretation des Wortes "nachfolgenden" wird außerdem von Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 12 als Spitzfindigkeit und von Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 270 als petitio principii abgelehnt. Die petitio principii liegt darin, daß das Ergebnis, Art. 1 III betreffe "nur die nachfolgenden Grundrechte", schon vorausgesetzt wird, in den Text dieses "nur" hineingelesen wird und dann erst dieser Nichttext ausgelegt wird.
- (7) so Wertenbruch GG und Menschenwürde S. 30; außerdem Maunz § 14 II 1)
- (8) Wertenbruch GG und Menschenwürde S. 32, 34

Daß diese Unterscheidung von einem verfehlten Begriff des subjektiven Rechts ausgeht und etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein subjektives Recht ist, ist inzwischen allgemein anerkannt (1) und wurde zuletzt eingehend von Hubmann (2) nachgewiesen. Eine so weitgehende Folgerung auf das Wesen der subjektiven Rechte aus dem Worte "darum", wie sie Wertenbruch (3) vornimmt, kann keinesfalls gezogen werden.

Tatsächlich ist jenes Wort "darum" nicht mehr als eine Überleitung, die in keiner Weise eine Aussage über Art. 1 I GG trifft, sondern lediglich die Legitimationsgrundlagen des Art. 1 I GG anspricht. (4)

Schließlich wurde argumentiert, Art. 79 III GG spreche von den Grundsätzen der Art. 1, 20 GG weshalb Art. 1 GG kein Grundrecht sein könne. (5) Auch diese Auffassung ist mit Recht abgelehnt worden, (6) da der Begriff "Grundsätze" eben nur ein Oberbegriff ist, der diejenigen Vorschriften in Art. 1, 20 GG, die unzweifelbar keine Grundrechtsqualität haben, mitumfassen muß und es unzulässig ist, zu dem Wort "Grundsätze" stillschweigend ein "nur" hinzuzufügen, um so den Eindruck zu erwecken, es handele sich bei Art. 1 GG nur um Grundsätze, nicht aber um Grundrechte. (7)

- (1) BGHZ 24, 78; 13, 334; 27, 284; 26, 349; BGH MOR 1965, 371, BGH NJW 1971, 698; BGH NJW 1973, 1119; Palandt-Thomas BGB § 823 Anm. 15; Staudinger-Schäfer BGB § 823 Rdn. 170 ff.; von Münch-Herdemerten GG Art. 1 Rdn. 17; Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 11, 40 f.
- (2) Hubmann Das Persönlichkeitsrecht S. 113 ff., insbesondere S. 128 ff.
- (3) Wertenbruch GG und Menschenwürde S. 32, 34
- (4) Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 269, Künkele S. 38
- (5) so Abendroth VVDStRL 8 (1950), 162
- (6) Löw DÖV 1958, 517; Künkele S. 42; Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 271 f.; Hönsch S. 13; von Münch-Herdemerten GG Art. 1 Rdn. 12
- (7) Abendroth VVDStRL 8 (1950), 162 geht so ebenfalls von einer petitio principii aus, die das Ergebnis, mit Grundsätzen seien keine Grundrechte gemeint, schon voraussetzt, statt den Begriff "Grundsätze" auszulegen. Durch die heimliche Umänderung von "Grundsätze" in "nur Grundsätze" wird von Abendroth von einem Nichttext ausgegangen.

Alle diese abzulehnenden Versuche, die Grundrechtsqualität des Art. 1 I GG zu verneinen, beruhen auf einer Überinterpretation einzelner Wörter, statt den Wortlaut des Art. 1 I GG im Zusammenhang und in seiner normativen Struktur zu sehen. (1) Einerseits sind eine Reihe von Grundrechten nicht ausdrücklich im Text als subjektive Rechte bezeichnet, (2) andererseits werden nicht nur die Menschenwürde, sondern auch die Grundrechte der Art. 4 I, 10 I, 13 I als unverletzlich bezeichnet. Tatsächlich kann die Menschenwürde ebenso wie die Glaubensfreiheit oder das Postgeheimnis verletzt werden und wird auch bisweilen verletzt. (3) Auf die Charakterisierung, die Menschenwürde sei unverletzlich, folgt in Art. 1 II GG ein Bekenntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten. Das Pathetische dieser Formulierungen ist nun nicht bloße Deklamation oder nichtssagendes Wortgeklänge, sondern Stilmittel. Im Rahmen der Interpretation des Wortlauts sind nicht allein die Bedeutungen einzelner Wörter, sondern auch der sprachliche Zusammenhang und der Stil zu berücksichtigen. Das Pathos soll in Art. 1 I GG die besondere Bedeutung der Menschenwürde für jedes Recht herausstellen. Es enthält eine gerade normativ bedeutsame - Bedeutungsverstärkung. (4) Die Menschenwürde ist nach Art. 1 I GG zu achten. Damit ist mehr gefordert als beachten und mehr ausgedrückt als die Bezeichnung der Staatsgewalt als aus Art. 1 I GG Verpflichteter. Damit ist die Staatsgewalt in gebieterischer Form aufgefordert, die Würde des Menschen ernst zu nehmen und mit der Würde des Menschen Ernst zu machen.

- (1) Zu weit geht daher Löw DÖV 1958, 518, der dem Wortlaut jede Aussagekraft abspricht, da er den Bereich der Textinterpretation zu eng absteckt.
- (2) so Art. 4, Art. 10 GG; siehe Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 267; Friesenhahn Der Wandel des Grundrechtsverständnisses S. 4 f.
- (3) Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 245, 256. Unzutreffend daher von Münch-Herdmerten GG Art. 1 Rdn. 45, die in der Unantastbarkeit die Beschreibung eines Ist-Zustandes sieht, und weiter Löw DÖV 1958, 518, der darin eine schiefe Formulierung sieht.
- (4) Deshalb muß Art. 1 auch nicht, wie es prima facie erscheinen mag, als auf Naturrecht verweisende deklaratorische Bestimmung verstanden werden.

Damit ist eine ungeheure Dynamik angesprochen und ausgelöst, (1) die es dem Staat verbietet, der Menschenwürde formalistische Schranken entgegenzusetzen, sondern ihn ständig in die Konfrontation mit der Virulenz der Menschenwürde zwingt. Das Pathetische der Formulierung spricht dafür, daß die Menschenwürde nicht allein und nicht weniger, sondern mehr als ein Wert ist. Verpflichtet der Wortlaut des GG die Staatsgewalt in besonderem Maße zur Achtung der Menschenwürde, so kann nicht umgekehrt gefolgert werden, daß damit Abstriche was die subjektive Berechtigung angeht korrelieren. Der Wortlaut des Art. 1 GG spricht im Gegenteil aus den genannten Gründen dafür, in Art. 1 I GG ein subjektives Grundrecht zu sehen.

c) Voraussetzungen für die Anerkennung eines subjektiven Rechts

Der Verpflichtung des Staates zur Achtung der Menschenwürde entspricht dann auch ein Recht des Bürgers, wenn Art. 1 GG auch zum Schutze des Einzelnen erlassen ist. Telos der Vorschrift, Schutzzweck der Norm, muß also - neben der objektivrechtlichen Bedeutung zum Schutze öffentlicher Interessen - zumindest auch der Individualschutz sein. (2) Dem entspricht es, wenn im Verwaltungsrecht in der Situation der Nachbarklage oder beim Anspruch auf polizeiliches Einschreiten gegen Störer subjektive Rechte einheitlich dann angenommen werden, wenn die verletzte Norm nicht allein im öffentlichen Interesse, sondern zumindest auch im Interesse des Klägers erlassen ist. (3)

(1) so auch Löw DÖV 1958, 518

(2) Erichsen Staatsrecht I S. 180; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 32; Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 282 f.; Löw DÖV 1958, 518 f.

(3) BVerwGE 11, 95; 28, 29; 37, 112; OVG Münster OVGE 24, 72; Wolff-Bachof III § 125 IV b); Eyermann-Fröhler VwGO § 42 Rdn. 96; Redeker-von Oertzen VwGO § 42 Rdn. 124, 132; Erichsen VVDStRL 35 (1977), 210 ff.; Erichsen-Martens Allgemeines Verwaltungsrecht S. 131 f.

Diese Voraussetzungen könnten für Art. 1 nur dann verneint werden, wenn mit der "Würde des Menschen" gar nicht die Würde eines bestimmten individualisierbaren Menschen, sondern die Menschenwürde ganz abstrakt oder gar nur die Würde der Menschheit (1) gemeint wäre. Eine solche restriktive Interpretation läßt sich jedoch nicht aufrecht erhalten. Abgesehen davon, daß der Schutz der Menschheit auch den der Einzelperson umfassen muß, läßt sich aus Art. 1 I GG entnehmen, daß der Staat um der Menschen willen da ist, nicht umgekehrt. (2) Deutlicher kann der Vorrang des Individualinteresses nicht formuliert werden. Wenn der Staat für den Menschen da ist, dann gerade für das Individuum, dessen Würdeanspruch zu achten ist. Es wäre grotesk, alle Staatstätigkeit in den Dienst des Menschen zu stellen, ohne gleichzeitig dem Individuum die Möglichkeit zu geben, sich gegen eine Vereinnahmung durch den Staat zu wehren. Schließlich kann die Durchsetzung der Würde des Menschen am besten dem jeweiligen in seinen Rechten verletzten Individuum anvertraut werden. (3) Gerade unter dem Aspekt, daß der Mensch Träger höchster sittlicher Werte ist, muß es dem Individuum überlassen bleiben, die Würde der menschlichen Persönlichkeit selbst gegenüber der Staatsgewalt durchzusetzen. Als autonomes sittliches Wesen konstituiert der Mensch seinen Würdeanspruch mit. Der Staat darf ihm dabei kein Würdekonzept aufdrängen, sondern muß den individuellen Würdeanspruch respektieren. Über seine Würde entscheidet der Einzelne, und darin manifestiert sich seine Würde. Art. 1 I GG dient daher auch dem Individualinteresse eines jeden Menschen, der die Verletzung seiner Menschenwürde rügt, und begründet deshalb ein subjektives mit der Verfassungsbeschwerde (4) einklagbares Recht auf Achtung seiner Menschenwürde.

(1) so in der Tat Münch Die Menschenwürde S. 3 f.

(2) so schon Art. 1 II S. 1 des Herrenchieseeer Entwurfs; weiter Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 279; Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 9)

(3) Löw DÖV 1958, 518; BayVerfGH VGHE 1, 32

(4) siehe Leibholz-Rupperecht BVerfGG § 90 Rdn. 65; Geiger BVerfGG § 90 Anm. 4)

§ 14 Wirkung der Menschenwürde gegenüber dem DFB

Das Grundrecht auf Achtung der Menschenwürde muß auch in den privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen DFB, Vereinen und Spielern anwendbar sein. Nun ist es nicht möglich, aus der Drittwirkung des Art. 12 GG (1) im Wege eines argumentum a fortiori den Schluß zu ziehen, daß Art. 1 als an der Spitze des GG stehendes Grundrecht erst recht in Privatrechtsbeziehungen gelte, da die Drittwirkung, die nur durch entsprechende Auslegung des jeweiligen Grundrechts und nicht rein begrifflich bejaht werden kann, für jedes Grundrecht gesondert zu untersuchen ist. (2) Eine unmittelbare Drittwirkung der Menschenwürde wird überwiegend bejaht. (3) Eine mittelbare Drittwirkung des Art. 1 I GG über die Generalklauseln des Zivilrechts im Sinne der oben unter § 7 3) dargestellten Lehren Dürig (4) und Blaesing (5) an. Dürig schlägt neben der Berücksichtigung der Menschenwürde als Interpretationsmaßstab die Anerkennung einer spezifisch privatrechtlichen Generalklausel Menschenwürde vor, um Wertschutzlücken zu schließen. (6) Daneben wird das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht auf Art. 1 I GG gestützt und als Anwendungsfall der Drittwirkung betrachtet, (7) wobei teilweise die Wirkung der Menschenwürde in der Drittrichtung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gleichgesetzt wird, (8) teilweise die Menschenwürde als subjektives privatrechtliches Grundrecht neben das aus Art. 1 I und 2 I GG abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht gestellt wird, (9) teilweise aber auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht als

(1) siehe oben § 9

(2) so auch Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 18

(3) Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 1 Rdn. 5; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 29, 35; von Münch-Herdmerten GG Art. 1 Rdn. 16; Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 20 f., 37; Wintrich S. 31; Hamel Deutsches Staatsrecht I S. 88 ff.; Preis S. 62; Hildegard Krüger Fam RZ 1956, 330; BayVerfGH VGHE 1, 32; speziell bezüglich menschenwürdewidriger Verträge außerdem Ramm Die Freiheit der Willensbildung S. 57

(3) Dürig AöR 81 (1956), 124; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn.16

(4) Blaesing S. 71 f.

(5) Dürig AöR 81 (1956), 124; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn.16

(6) siehe auch Dürig FS f. Nawiasky S. 180 f.

(7) BGHZ 13, 338; KG JZ 1980, 31; Blaesing S. 72 f. Nipperdey Die Grundrechte Bd. II ". 37 f.; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 32; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 1 Rdn. 6

(8) so Blaesing S. 72 f.; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 1 Rdn. 5)

(9) so Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. und Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 35

ein Anwendungsfall der mittelbaren Drittwirkung angesehen wird und eine zivilrechtliche Generalklausel der Menschenwürde oder eine Beeinflussung des Zivilrechts durch die Menschenwürde durch wertausfüllungsbedürftige zivilrechtliche Generalklauseln angenommen wird. (1) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein "sonstiges Recht" i. S. d. § 823 BGB und somit ein privatrechtliches, Leben, Körper und Freiheit gleichgestelltes absolutes Recht. (2) Die generalklauselartige Weite dieses Rahmenrechts wurde präzisiert, indem in Rspr. und Lit. verschiedene Fallgruppen herausgearbeitet wurden. Eine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes wurde vor allem in einem Eindringen in die Privat- und Intimsphäre durch Abhören oder Fotografieren gesehen. (3) Auch die Veröffentlichung von Details aus der Privat- und Intimsphäre anderer wird geschützt, wie überhaupt Individualsphäre, Privatsphäre und Intimsphäre umfassenden Schutz genießen. (4) Weitere Fallgruppen betreffen mehr den wirtschaftlichen Aspekt des Persönlichkeitsschutzes wie den Schutz vor ungenehmigter Verwendung von Bildern, Aufzeichnungen und Namen. (5) Eine auch praktisch wesentliche Fallgruppe des Persönlichkeitsschutzes bildet der Schutz der persönlichen Ehre. (6) Verschiedentlich wurde aber auch die Selbstdarstellung nach außen als Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betont. (7) Demgegenüber richten sich die in Rspr. und Lit. anerkannten Verletzungstatbestände des Art. 1 GG an engeren, die Eigenschaft des Menschen als Träger geistig-sittlicher Werte in den Mittelpunkt stellenden Kriterien aus. (8)

- (1) so Dürig FS f. Nawiasky S. 180 f.; ders., AöR 81 (1956), 125; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 16; Wintrich S. 31
- (2) BGHZ 27, 285; 39, 124; Palandt-Thomas § 823 Rdn. 15; nach BGHZ 13, 338 ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht
- (3) BGHZ 24, 200; 27, 284; 32, 20; BVerfG NJW 1973, 891; siehe auch W. Schmidt JZ 1974, 244
- (4) BGHZ 13, 334; 15, 249
- (5) BGHZ 20, 345; 26, 349; 30, 7
- (6) BGHZ 39, 124; BGH NJW 1965, 2394; BGH NJW 1974, 1762; Staudinger-Schäfer BGB § 823 Rdn. 197
- (7) Staudinger-Schäfer BGB § 823 Rdn. 182; Walter Schmidt JZ 1974, 244
- (8) vgl. Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 1 Rdn. 1; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 18; Stein § 20 I



Solche Verletzungstatbestände sind Sklaverei, Leibeigenschaft, Folter, Achtung und Verfolgung. (1) Auch grausame und übermäßig harte Maßnahmen verletzen die Menschenwürde. (2) Schließlich gebietet Art. 1 I GG den Vorrang des Schutzes der Person vor Sachwerten. (3) Nicht von Art. 1 I GG werden hingegen Ehrverletzungen erfaßt, soweit sie nicht gleichzeitig den Einzelnen zu einem unwürdigen Menschen oder gar Untermenschen erniedrigen. (4) Art. 1 I GG schützt auch nicht die Verwertung von aus der Persönlichkeit fließenden Urheber- und Schutzrechten und will nicht die alleinige wirtschaftliche Verwertung der eigenen Persönlichkeit schützen. Der Schutz vermögenswerter Rechtsgüter ist - anders als beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht - nicht ratio legis des Art. 1 I. (5) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird aus Art. 1 und 2 GG abgeleitet und orientiert sich am Leitbegriff "Persönlichkeit" und damit näher am Normtext des Art. 2 GG. (6) Daher orientieren sich auch die Schranken des allgemeinen Persönlichkeitsrechts an Art. 2. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein Rahmenrecht, das umfassend beschränkt ist und dessen Schutzbereich erst durch eine Güter- und Interessenabwägung bestimmt wird, in der die Art und Schwere des Eingriffs, das vorausgehende Verhalten des Verletzten, Motive des Schädigers sowie dem Schädiger zustehende Grundrechte und Rechtfertigungsgründe berücksichtigt werden. (7)

- (1) BVerfGE 1, 104; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 30
- (2) BVerfGE 1, 348; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 31; BVerfG JuS 1967, 182; OLG Hamm NJW 1967, 2024; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 13
- (3) OLG Köln VersR 1973, 426; LG Frankfurt MDR 1969, 1110; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 33
- (4) Nach BayVerfGH VGHE 2, 93; 1, 32 muß die Würde des Menschen in abstracto verletzt sein. Damit sollen aber nur leichte Ehrverletzungen aus dem Tatbestand des Art. 1 I GG ausgeschlossen werden; Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 3. Gegen die Einbeziehung des Ehrschutzes in Art. 1 I GG deutlich auch Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 29
- (5) Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 15 f.
- (6) vgl. BGHZ 13, 338; 15, 257; 50, 133; OLG Hamburg NJW 1975, 649; KG JZ 1980, 31; Staudinger-Schäfer BGB § 823 Rdn. 173; Palandt-Thomas BGB § 823 Rdn. 15
- (7) siehe BGHZ 13, 338; 24, 80; 31, 313; 45, 308; BGH NJW 1978, 2151; OLG Braunschweig NJW 1975, 651; Palandt-Thomas BGB § 823 Anm. 15 D; Staudinger-Schäfer BGB § 823 Rdn. 179; Fritze NJW 1968, 2358

Die Schranken des Art. 2 GG können nicht unversehens auf Art. 1 GG übertragen werden, obwohl die Grundrechte im Privatrecht eher einschränkbar sind als im öffentlichen Recht. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein besonderes Recht i. S. d. § 823, das von dem Recht auf Achtung der Menschenwürde, dessen deliktischer Schutz im Privatrecht sich ebenfalls nach § 823 I BGB vollzieht, (1) tatbestandlich deutlich unterschieden ist.

Nach alledem bildet die Existenz eines auf Art. 1, 2 GG gestützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts als privatrechtlichen "sonstigen Rechts" i. S. d. § 823 I BGB kein Hindernis dafür, daneben auch dem Art. 1 GG unmittelbare Anwendung in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen zu verschaffen, zumal das allgemeine Persönlichkeitsrecht nur im deliktischen Bereich, nicht jedoch im vertraglichen Bereich schützt und somit gegen Verträge, deren Inhalt die Menschenwürde verletzt, nicht aktiviert werden kann. Einwände, die gegen Dürig's Theorie der mittelbaren Drittwirkung vorgebracht werden können, (2) wurden bereits oben (3) dargelegt. Hinzu kommen weitere Bedenken aus der Normativität des Art. 1 I GG. Konstatiert man, daß Art. 1 I GG angesichts der geringen Präzisiertheit seines Tatbestandes eine wertausfüllungsfähige Generalklausel ist, (4) so würde eine mittelbare Drittwirkung zu einer Beeinflussung wertausfüllungsbedürftiger Generalklauseln durch eine wertausfüllungsbedürftige Generalklausel führen, wobei das Verhältnis von zivilrechtlichen Normen und Art. 1 I GG völlig unklar bliebe. Eine neue zivilrechtliche Generalklausel Menschenwürde hätte zwar neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, nicht jedoch gegenüber dem Art. 1 I GG normatives Eigengewicht, so daß tatbestandliche Voraussetzungen wie Begrenzungen einer solchen Generalklausel unbestimmt bleiben müßten. Letztlich geht es Dürig (5) dabei nicht um die Analyse des geltenden Rechts, sondern um Zukunftserwartungen an die richterliche Entscheidungstätigkeit, wobei es gerade darum geht,

(1) Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 37

(2) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 16, 131; Dürig AöR 81 (1956), 124; ders., FS f. Nawiasky S. 180 f.

(3) siehe oben § 7 3.) a), c)

(4) so Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 7; siehe auch Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 285 ff.

(5) "Am besten wäre die Anerkennung einer neuen Generalklausel des Privatrechts namens Menschenwürde"; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 16; Dürig AöR 81 (1956), 124; ders., FS f. Nawiasky S. 180

welche Wirkungen Art. 1 I GG als unmittelbares Recht - und daher auch im Privatrecht - hat und nicht darum, welche Wirkungen ihm durch konkretisierendes Gesetz oder konkretisierenden rechtsfortbildenden Richterspruch noch verschafft werden können.

Die Geltung der Vorschrift des Art. 1 I GG im Privatrecht durch Auslegung zu erschließen, hilft zunächst die Entstehungsgeschichte, die - anders als bei anderen Grundrechten - deutliche Hinweise auf die Intentionen des Verfassungsgebers gibt. Im Grundsatzausschuß äußerte der Abgeordnete Dr. Süsterhenn, Art. 1 I GG sei eine absolute Feststellung, die sich gegen jedermann wende, und zwar nicht nur gegen die staatliche Gewalt, sondern auch gegen jeden Privaten und jede Institution. (1) Damit wurde von Dr. Süsterhenn zum Ausdruck gebracht, was insgesamt Auffassung des Verfassungskonvents war, der mit Art. 1 GG "auch Privatpersonen verpflichten" wollte. (2) Ein Vorschlag des Abgeordneten Dr. von Mangoldt im Allgemeinen Redaktionsausschuß, die Pflicht für jeden einzelnen zur Achtung der Menschenwürde in den Wortlaut des Art. 1 GG aufzunehmen, wurde nur deshalb abgelehnt, weil man davon ausging, daß dieser Sinn bereits in der gültigen Fassung enthalten sei. (3) Auch für Art. 100 der Verfassung Bayerns hat der BayVerfGH (4) die Ansicht vertreten, daß die Menschenwürde auch gegenüber allen Zugriffen der Gesellschaft unantastbar ist, was nur heißen kann, daß dem Einzelnen ein Recht, Bedrohungen der Menschenwürde, die von den gesellschaftlichen Gruppen ausgehen, abzuwehren, zusteht. Art. 100 der Verfassung Bayerns diene für Art. 1 GG als Vorbild. (5) Nach der Entstehungsgeschichte ist die Wirkung gegenüber Privaten und gesellschaftlichen Mächten bezweckt, jedoch nur um der kürzeren und vermeintlich klareren Formulierung willen nicht in den Text des GG aufgenommen worden.

(1) Materialien zum GG, JöR 1 (1951), 51; wiedergegeben auch bei Bonnen Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 35

(2) Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 35

(3) Materialien zum GG, JöR 1 (1951), 50

(4) BayVerfGH VGHE 1, 32

(5) Dürig JR 1952, 259; "Beispielhafte Ausgangsnorm"; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 4

Art 1 I GG steht an der Spitze des GG als fundamentale Staatszielbestimmung und als Konstitutionsprinzip allen Rechts. (1) Erblickt man in der Menschenwürde die oberste, nicht nur jede Tätigkeit der Staatsgewalt, sondern das gesamte Recht beherrschende Rechtsidee, so kann der Schutz der Menschenwürde gegenüber jedermann als telos des Art. 1 I GG begriffen werden. Teleologische Auslegungskriterien (2) führen so ebenfalls zu einer Bejahung der Drittwirkung des Art. 1 I GG. Indirekte Hinweise auf eine Drittwirkung des Art. 1 I GG sind weiter im Wortlaut des Art. 1 GG aufzufinden. Nach Art. 1 II GG sind die Menschenrechte Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft.

Hierdurch sind jedoch nur, aber immerhin auch alle Menschenrechte angesprochen, ohne daß der menschlichen Gemeinschaft spezifisch die Menschenwürde als Grundlage zugeordnet würde. Auch aus dem staatlichen Schutzauftrag zur Wahrung der Menschenwürde kann nicht etwa auf eine Drittwirkung geschlossen, (3) da nicht schon jede richterliche Tätigkeit als staatliche Machtausübung per se grundrechtsgebunden ist, sondern es auf das zugrundeliegende materiell-rechtliche Rechtsverhältnis ankommt. (4) Hingegen läßt sich aus der Formulierung "unantastbar" (Art. 1 I S. 1 GG) entnehmen, daß die Menschenwürde für niemanden, auch nicht für Private antastbar sein soll. (5) Wohl ist auch in Art. 4 I, 10 I, 13 I GG die Unverletzlichkeit der betreffenden Grundrechte normiert, (6) doch weist die kategorische Formulierung, die Menschenwürde sei "unantastbar", auf die besondere Bedeutung und die allumfassende Schutzrichtung der Vorschrift des Art. 1 I GG hin, wie sie plastischer und gleichzeitig pathetischer nicht ausgedrückt werden könnte.

(1) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 14, von Mangoldt-Klein GG Art. 1 Anm. III 2; Löw DÖV 1958, 518; Stein § 20 I

(2) Zum Stellenwert der herkömmlichen Auslegungsargumente, die keinerlei Rangordnung aufweisen und auf die juristische Auslegungsarbeit nicht allein reduziert werden darf, Krawietz JuS 1970, 430 f.

(3) so aber dennoch Wintrich S. 13 und Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 21

(4) siehe oben § 7 2) a)

(5) Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 20; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 35

(6) im Sinne eines Verletzungsverbots, siehe Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 277

Möglicherweise fragt auch Art. 1 I GG gar nicht nach Rechtsverhältnissen, so daß eine Differenzierung zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen gar nicht möglich wäre, während eine Anknüpfung an die Person des Handelnden für die Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht nicht unbedingt charakteristisch ist. (1) Es gibt Fälle der Anwendung respektive der Verletzung des Art. 1 GG, die in der Lit. anerkannt sind, ohne daß ein Rechtssubjekt, das die Verletzung des Art. 1 I GG rügen könnte, vorhanden sein müßte und so ein Rechtsverhältnis, das auf seinen Rechtscharakter hin analysiert werden könnte, vorliegt. So sieht Zippelius (2) in einer industriellen Verwertung von Leichen eine Verletzung des Art. 1 I GG. Der Schutz des Art. 1 I GG wird auch Leichen zuerkannt (3) und somit vom Vorhandensein eines konkreten Rechtsträgers mindestens in Einzelfällen gelöst. Auch wenn damit nur Sonderfälle angesprochen sind und es primär um den subjektiven Rechtsschutz des lebenden Menschen geht, so zeigen die obigen Beispiele doch, daß einiges dafür spricht, gerade Art. 1 I GG aus der rechtsverhältnistheoretischen Fragestellung zu lösen. Art. 1 I GG müßte dann so neuinterpretiert werden, daß in ihm von vornherein gleichsam alle Unterscheidungen nach Rechtsverhältnissen und Richtungen verschwimmen, - nicht weil den Grundrechten und insbesondere dem Art. 1 GG eine allseitige Richtung im Sinne einer verräumlichend gedachten Rundumabwehrfunktion zukäme, sondern weil vor dem Hintergrund des kategorischen Antastungsverbots eine weitere Ausdifferenzierung den Normgehalt des Art. 1 I GG bereits nicht mehr treffen würde.

(1) siehe oben § 6

(2) Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 30

(3) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 23; auch BVerfGE 30, 179 und Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 1 Rdn. 1 bezüglich der Menschenwürde Verstorbener-Mephisto-Fall, abzulehnen ist hingegen die von Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 24 und Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 4 bejahte Erstreckung des Art. 1 I GG auf den nasciturus; wie hier Hamann-Lenz GG Art. 1 Anm. B 2)

Gleichwohl darf auch bei Art. 1 I GG bei aller Berücksichtigung rechtstheoretischer Sonderfälle nicht das Kind mit dem Bade ausgeschüttet werden, wie die Formulierung "sie zu achten und zu schützen", die dem Rechtsverhältnis nach zwischen staatlichen Eingriffen und staatlicher Schutz Tätigkeit unterscheidet, zeigt, so daß eine Unterscheidung nach Rechtsverhältnissen grundsätzlich möglich und geboten bleibt, jedoch dem Art. 1 I entnommen werden kann, daß diese - mögliche - Differenzierung wohl was das "Antasten", nicht aber das "Schützen" angeht, normativ aufgehoben und ihrer Relevanz entkleidet wird. So wird übereinstimmend angenommen, daß die Verpflichtung Privater sich nur auf die Achtung (im Sinne eines Antastungsverbots) der Menschenwürde, nicht jedoch auf den Schutz durch aktives Tun bezieht. (1) Was nun die Achtungspflicht angeht, so deutet die kategorische Formulierung des Art. 1 I S. 1 GG daraufhin, daß in ihr Differenzierungen nach dem Rechtsverhältnis des Verletzungstatbestandes aufgehoben sind. Das Verbot, die Menschenwürde anzutasten, wird im Zivilrecht im vertraglichen Bereich über § 134 BGB verwirklicht, der zivilrechtliche Verträge, die gegen das subjektive Recht aus Art. 1 I GG verstoßen, für nichtig erklärt. (2) Art. 1 I GG enthält daher das gegen jedermann gerichtete Verbot, die Menschenwürde anzutasten.

- (1) von Münch-Herdmerten GG Art. 1 Rdn. 16; Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 35; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 29  
(2) siehe Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 35 f.

## § 15 Verletzungstatbestände der Würde der Spieler

Zu versuchen, den eigenständigen normativen Gehalt der Menschenwürde als subjektives Recht auszuschöpfen, heißt, sogleich auf allfällige Definitionen der menschlichen Würde und - unvermittelt im Anschluß daran - auf plakative Fallgruppen der Verletzung der Menschenwürde zu stoßen, bei denen von vornherein nicht zweifelhaft sein kann, daß Art. 1 I GG auf das Entschiedenste verletzt ist. (1) So bedarf es keiner weiteren Begründung, daß Sklaverei, Massenmord, Folter und die Vernichtung russischer Minderheiten in Konzentrationslagern eklatant die Menschenwürde verletzen. (2) Derlei plakative, weil einleuchtende, aber mehr in die rechtsgeschichtliche Vergangenheit als auf die Verfassungswirklichkeit unter dem GG verweisende Beispiele verstellen aber leicht den Blick für die notwendige Konkretisierung des Art. 1 I GG als geltenden Rechtssatz, der zwar auch Reaktion auf Terror und Entrechtung in der Vergangenheit ist, (3) seine Bedeutung für die gegenwärtige Rechtswirklichkeit aber, will der Schutz der Menschenwürde nicht bloß Sonntagsereignis oder Bestandteil von Festreden sein, nicht in diesen Fällen findet, deren extremer Charakter eine Verletzung höchst unwahrscheinlich werden läßt.

### 1.) Menschenhandel und Sklaverei

Wenn dennoch zunächst die Frage aufgeworfen werden soll, inwieweit aus dem Verbot der Sklaverei Bedenken gegen die gängige Ablösesummenpraxis resultieren, dann geschieht dies nicht etwa, um den Bundesligavereinen mit dem DFB an der Spitze das Etikett des Sklavenhalters aufzukleben, sondern um die gegen Ablösesummen aus Art. 1 I GG erhobenen Bedenken systematisierend einzuordnen und den Begriff der Sklaverei zu klären.

- (1) vgl. nur Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 17, 30; Maunz § 14 II 1; Dürig AöR 81 (1956), 125
- (2) HessStGH DVBl 1974, 943; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 1 Rdn. 12; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 30
- (3) vgl. von-Münch-Herdmerten GG Art. 1 Rdn. 1 f.



Vor dem Hintergrund des allgemein üblichen Jargons, der von "Spielerkauf" und "Verkauf" spricht und so suggeriert, bei den Spielern handele es sich um Sachen, über die Kaufverträge nach § 433 BGB abgeschlossen werden, erweist sich die Gegenüberstellung von Sklaverei und Ablösesummenpraxis nicht mehr als polemische Attacke, sondern als Versuch, den allgemeinen Sprachgebrauch ernst zu nehmen und rational zu analysieren. Indes können sich die Voraussetzungen eines solchen Vergleichs nicht vordergründig am allgemeinen Sprachgebrauch orientieren, ohne gleichzeitig soziale Implikationen und Realitätsadäquanz dieses Sprachgebrauchs mitzureflekieren. Unter Sklaverei wird die persönliche Unfreiheit infolge des Eigentumsrechts eines anderen Menschen an der Person eines Abhängigen verstanden. (1) Kennzeichnend für die Sklaverei ist, daß Menschen als Sachen angesehen werden und auch nach sachenrechtlichen Grundsätzen veräußert werden, wovon ein umfangreicher Sklavenhandel in vielen Kulturkreisen bis ins 19. Jahrhundert hinein zeugt. (2) Der "Spielerkauf und -verkauf" würde danach dann Elemente der Sklaverei enthalten, wenn der Fußballprofi als Sache behandelt würde, die nach sachenrechtlichen Grundsätzen übertragen wird. Tatsächlich ist jedoch nicht der Spieler Gegenstand eines Kaufvertrages, sondern die Freigabe des abgebenden Vereins ist Gegenstand eines entgeltlichen Vertrages, und zwar eines Rechtskaufs, zwischen den Vereinen. Nicht sachenrechtliche absolute Rechte und schon gar nicht das Eigentum an Spielern wird übertragen, sondern das schuldrechtliche Recht des Vereins gegenüber dem DFB, die Arbeitskraft des Spielers in Bundesligaeinsätzen zu verwerten.

- (1) Brockhaus Enzyklopädie Bd. 17 S. 489; siehe auch Mitteis-Liebrich Deutsche Rechtsgeschichte S. 56, 198; Schröder-von Künßberg Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte S. 63, 236, 408, 495  
(2) siehe auch Brockhaus-Enzyklopädie Bd. 17 S. 489

Vor diesem klaren Befund kann, wenn auch die Abschaffung der Sklaverei gerade auf die Anerkennung von Menschenrechten während der Aufklärung zurückgeht, (1) auch der Begriff der Sklaverei nicht uminterpretiert werden. Von Menschenhandel kann daher bei aller Kritik, die an der Zweckmäßigkeit und am Sinn der Ablösesummen angebracht sein mag, nicht die Rede sein.

## 2.) Leibeigenschaft und personengebundene Abhängigkeit

Mit dieser Feststellung jedoch die Virulenz von "Spielerverkäufen" vom Tisch wischen zu wollen, hieße, es sich zu einfach zu machen. Die Rechtsgeschichte hat weitere Formen rechtlich ausgestalteter persönlicher Abhängigkeiten hervorgebracht, an denen die Ablösesummenpraxis gemessen werden kann. Vorherrschende Form der rechtlichen Unfreiheit der niederen Stände der Bevölkerung im Mittelalter war nicht die Sklaverei, sondern die Leibeigenschaft. Wenn auch die Leibeigenschaft kein einheitliches Rechtsinstitut war, sondern regional und temporal unterschiedliche Charakteristika aufwies, (2) so lassen sich doch eine Reihe von typischen Merkmalen, die den unterschiedlichen rechtlichen Ausgestaltungsformen gemeinsam sind, herausarbeiten. Die Leibeigenschaft beinhaltete eine persönliche Abhängigkeit vom Leibherren, die sich vor allem in der Pflicht zu Abgaben und Arbeitsleistungen äußerte, sowie eine Bindung an den Grund und Boden ("Schollenpflichtigkeit") und somit an die Grundherrschaft. (3)

- (1) Brockhaus Enzyklopädie Bd. 17 S. 489 f. Hier zeigt sich erneut, daß die von Dürig JR 1952, 260 behauptete Identität von Menschenwürde und Vorstellungen des christlichen Naturrechts nicht besteht, da bis ins 18. Jahrhundert hinein die katholische Kirche die Sklaverei gebilligt hat; vgl. Brockhaus-Enzyklopädie Bd. 17 S. 489 f. Da es gerade die aufklärerisch-liberale Bewegung war, die über die Anerkennung der Menschenrechte die Abschaffung der Sklaverei durchsetzte, muß auch die provokatorische, gezielt andere Wertauffassungen als die des christlichen Naturrechts desavouierende, von Dürig JR 1952, 260 und AöR 81 (1956), 118 sowie Jerusalem SJZ 1950, 1 aufgestellte Behauptung, "nach liberaler Auffassung ginge den Staat die Würde des Menschen nichts an", entschieden zurückgewiesen werden.
- (2) Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. 2 Spalte 1761
- (3) Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. 2 Spalten 1761 ff., Zycha Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit S. 20 ff.; Brockhaus-Enzyklopädie Bd. 11 S. 286 ff.

Charakteristisch war zunächst die beschränkte Rechtsfähigkeit der Leibeigenen, die sich vor allem in Verfügungsbeschränkungen und Heiratsbeschränkungen äußerte. (1) Wesentlich war schließlich die Beschränkung der Freizügigkeit, die den Leibeigenen an die Scholle band. (2) Häufig wurden auch Leibeigene, sei es als Zubehör zum Grundstück, sei es allein veräußert, wobei in einigen Fällen nicht die Person, sondern die leibherrlichen Abgaben- und Dienstrechte an der Person als Veräußerungsgegenstand angesehen wurden. (3) Eine Parallele zwischen Leibeigenschaft und der durch die Ablösesummenregelung bedingten Abhängigkeit der Lizenzfußballspieler könnte man darin sehen, daß in beiden Fällen Rechte an der bzw. gegen die Person - und nicht die Person selbst - Gegenstand der Veräußerung ist. Die Leibeigenschaft ist jedoch ein Rechtsverhältnis persönlicher Unfreiheit, ein Status der persönlichen Untertänigkeit, der später durch das allgemeine Gewaltverhältnis gegenüber dem Staat ersetzt wurde, während es sich bei den Mobilitätsbeschränkungen im Lizenzfußball um schuldrechtliche Verpflichtungen handelt, die lediglich die Wahl eines neuen Arbeitgebers hindern können, dem Spieler aber selbstverständlich die Möglichkeit lassen, sich der Bindung zum alten Verein durch Verweigerung eines neuen Vertragschlusses zu entziehen, und seinen Status nicht berühren. Er ist nicht dinglich verpflichtet, Abgaben und Dienste zu leisten, sondern unterliegt lediglich schuldrechtlichen, aus den Vertragsbeziehungen Dritter resultierenden Einschränkungen. Auch ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis wird durch die Ablösepraktiken nicht begründet. Erst recht treffen den Lizenzspieler keine der obengenannten übrigen für die Leibeigenschaft charakteristischen Beschränkungen. Auf der Person lastende Rechte entspringen der mittelalterlichen Vorstellungswelt. Die Beschränkungen, denen die Lizenzfußballspieler unterliegen, lassen sich mit der mittelalterlichen Leibeigenschaft nicht vergleichen.

- (1) Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. 2 Spalte 1766; Zycha Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit S. 23; Schröder-von Künßberg Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte S. 497
- (2) Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. 2 Spalte 1767; vgl. auch Schröder-von Künßberg Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte S. 890 f.
- (3) Handwörterbuch zur deutsche Rechtsgeschichte Bd. 2 Spalte 1768; nach Schröder-von Künßberg Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte S. 891 f. wurde teils die Person, teils die Arbeitskraft als Zubehör des Gutes angesehen.

### 3.) Funktionale Äquivalenz zur Leibeigenschaft

Indes kann es, obwohl Sklaverei und Leibeigenschaft stets als Fallgruppen der Verletzung der Menschenwürde angesehen werden,(1) gar nicht darum gehen, die Beschränkungen des Arbeitsplatzwechsels der Berufsfußballspieler mit historisch überlieferten und inzwischen abgeschafften Formen der Verletzung menschlicher Würde zu vergleichen. Es wäre eine unzulässige Verkürzung des Art. I GG, wollte man ihn auf die letztlich nur noch deklaratorische Ächtung historisch überwundener Abhängigkeitsverhältnisse reduzieren. Angesichts der veränderten wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen dürfte es vielmehr kaum überraschen, wenn neue Formen der Abhängigkeit in neuem rechtlichen Gewande antike und mittelalterliche Formen der Unfreiheit ersetzt haben. Eine Orientierung an historischen Vorbildern ausgeprägter menschenunwürdiger Abhängigkeit kann dann nur noch in der Weise erfolgen, daß aktuelle Formen von Abhängigkeit daran gemessen werden, ob sie funktional gleichwertig sind. Vor dem normativen Hintergrund des Art. 1 I dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß weniger die rechtliche Form der Abhängigkeit als ihre tatsächlichen Auswirkungen auf die Persönlichkeit und Würde des Einzelnen entscheiden. Funktionale Äquivalenz zur Leibeigenschaft läge dann vor, wenn sich die Regelung der Spielertransfers als Abhängigkeitsverhältnis erweisen würde, das, wenn auch in anderer rechtlicher Ausgestaltung, letztlich zu ähnlichen Auswirkungen führen würde.

Unzweifelhaft existieren auch in der modernen Industriegesellschaft, von Gesellschaftsformen in der Dritten Welt ganz zu schweigen, Formen persönlicher Abhängigkeit, die in ihren Auswirkungen der mittelalterlichen Leibeigenschaft nicht nachstehen.

- (1) HessStGH DVBl 1974, 943; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 1 Rdn. 12,; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 30; Hamann-Lenz GG Art. 1 Anm. 3; Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 27

Im Bereich der organisierten Prostitution ist die Öffentlichkeit verschiedentlich mit Machenschaften von Zuhältern konfrontiert worden, die untereinander Frauen gegen Entgelt "verkauften" oder "abtraten", wobei die Opfer durch eine Serie von Straftaten "gefügtig" gemacht wurden, bis sie sich in ihre Entrechtung fügten. In Indien sollen (1) "Verkäufe" von Prostituierten an der Tagesordnung sein. Derlei Beispiele sind überraschenderweise mit dem Arsenal von Fallgruppen, die als Verletzung der Menschenwürde angesehen werden, nicht zu erfassen, handelt es sich doch weder um Leibeigenschaft noch um Erniedrigung, Brandmarkung oder Verfolgung (2) daß man - vom Standpunkt des Verständnisses der Menschenwürde als zu schützender Substanz - gehalten ist, den in der Lit. genannten Fällen funktional äquivalente Sachverhalte an die Seite zu stellen. Daß zuweilen auch Handel mit Säuglingen getrieben wird, mag dies zusätzlich unter Beweis stellen. Ansatzpunkt für Äquivalenzen ist die Formulierung "Spielerverkauf", die, obwohl nicht wörtlich zu verstehen, doch nicht ohne weiteres als lediglich sprachliche Entgleisung hingenommen werden kann (3) und den Beispielen der "Veräußerung" von Leibeigenen, Prostituierten oder Säuglingen sprachlich entspricht. Ob sie ihnen auch sachlich entspricht, kann nur geklärt werden, indem die Rechtsstellung der Lizenzspieler detaillierter analysiert wird. Anders als in Italien kann der Bundesligafußballspieler selbst entscheiden, welchem Verein er sich anschließen will. Gegen seinen Willen kann ihm kein neuer Arbeitgeber aufgedrängt werden. Zwar kann er durch die Verweigerung der Freigabe in der Wahl des neuen Arbeitgebers eingeschränkt werden, doch kann er, wenn der abgebende Verein ihm um der Erzielung einer hohen Ablösesumme willen einem bestimmten Verein aufdrängen will, den Vertragsschluß mit dem neuen Verein - aller-

- (1) laut Bericht der Frankfurter Allgemeinen Zeitung v. 14.9.1981, die sich auf indische Pressemeldungen sowie Regierungsuntersuchungen beruft.
- (2) vgl. BVerfGE 1, 104; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 1 Rdn. 12; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 30; Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 27
- (3) siehe Burmeister DÖV 1978, 5, der außerdem der Auffassung ist, die Rechtsstellung der Lizenzfußballspieler erinnere an Formen der Leibeigenschaft.

dings um den Preis der beruflichen Betätigung, was aber nicht den Schutzbereich des Art. 1 I GG, sondern Art. 12 GG tangiert - ablehnen. Demgegenüber kann im italienischen Berufsfußball ein Spieler an einen ihm nicht zusagenden Verein verkuppelt werden. Der Verein verfügt damit über den Spieler und gliedert den Spieler unfreiwillig in ein anderes Rechtsverhältnis ein, auch wenn dogmatisch-konstruktiv nicht der Spieler selbst übertragen wird, sondern die Spielberechtigung, wobei ja gerade für die Leibeigenschaft charakteristisch war, daß der Leibeigene nicht als Person veräußert wurde, sondern die gegen in gerichteten Rechte transferiert wurden, wobei als bemerkenswerte sprachliche Parallele auffällt, daß die Befreiung der Leibeigenen als Ablösungsgesetzgebung bezeichnet wurde. (1) Die unfreiwillige Inkorporation entfernt sich völlig von den Vorstellungen zivilrechtlichen Freiheitsgebrauchs durch schuldrechtliche Verträge (2) und erweist sich als einseitige Verfügung über fremde höchstpersönliche Rechtspositionen und nicht mehr als dem Betroffenen zurechenbare Entscheidung. Entscheidend ist dabei nicht das Abstraktum der Abhängigkeit, - letztlich kann keine individuelle Entscheidung völlig unabhängig von äußeren Einflüssen sein - sondern, ob die Entscheidung dem Individuum noch zurechenbar ist oder ob die Entscheidungskompetenz sich nicht in Wirklichkeit autonomiewidrig auf Dritte verlagert hat, wobei es auf deren guten oder bösen Willen im Bereich der Grundrechte anders als im Bereich des Strafrechts, in dem subjektive Vorwerfbarkeit gefordert wird, nicht ankommt. Nach diesen Kriterien verstößt die in Italien geübte Praxis des Spielertransfers gegen die Menschenwürde, da dort Spieler regelrecht an andere Vereine verkuppelt werden können, ohne daß die Vereinswahl noch in irgendeiner Weise Ausfluß des autonomen Willens des Spielers ist, so daß für die italienischen Verhältnisse konstatiert werden muß, daß sie mittelalterlichen Formen der Leibeigenschaft funktional äquivalent ist.

(1) Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. 2 Spalten 1761 ff., Schröder-von Künßberg Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte S.1001

(2) vgl. Ramm Die Freiheit der Willensbildung S. 42 ff.

Anders liegt es beim Transfer innerhalb der Bundesligen gemäß dem Lizenzspielerstatut, da dem Spieler in jedem Falle die letzte Entscheidung bleibt, ob und mit wem er einen Arbeitsvertrag schließt, auch wenn der abgebende Verein durch Forderung von Ablösesummen die Auswahl des Spielers oft einzuschränken imstande ist. Gegen seinen Willen kann der Spieler nicht zu anderen Vereinen verschoben werden. (1) Auch in extremen Fällen, in denen hohe Ablösesummen den Transfer aufs Äußerste erschweren, bleibt die Entscheidung des Spielers, nunmehr bei einem neuen Verein einen Arbeitsvertrag einzugehen, ihm als autonome Entscheidung zurechenbar. Daran ändert auch nichts, daß sich abgebender und aufnehmender Verein oft schon bevor der Spieler informiert ist, verständigen und ihre Interessen abstimmen, da sich so an der Entscheidungskompetenz des Spielers bei allen Bedenken, die gegen eine Überrumpelung des Spielers sprechen, nichts ändert und insbesondere keine fremdbestimmte Eingliederung in den Machtbereich anderer stattfindet. Die Ablösesummenpraxis im Bereich des DFB kann daher nicht als funktionales Äquivalent zur Leibeigenschaft aufgefaßt werden und verstößt unter diesem Aspekt nicht gegen Art. 1 GG. (2)

#### 4.) Der Spieler als Objekt des Handelns der Vereine

Sprache ist verräterisch, enthüllt auch da, wo sie verschleiert. So sehr auch der allgemeine Sprachgebrauch vom "Spielerkauf" sachlich falsch ist, da tatsächlich der Spieler nicht verkauft wird und tatsächlich kein Menschenhandel vorliegt, so wenig erschöpft sich darin die Bedeutung des Branchenjargons.

- (1) Daß oftmals Vereine versuchen, nicht mehr benötigte Spieler während der Saison massiv zum Vereinswechsel, dem der Spieler ja zustimmen muß, zu bewegen, um hohe Ablösesummen zu kassieren, steht dabei auf einem anderen Blatt.
- (2) A. A. Burmeister DUV 1978, 5



Er ist nicht auf sachliches, präzises Urteil angelegt, sondern auf emotionalisierte und emotionalisierende Umschreibung des Umfelds der Bundesliga. Er fängt die Attraktion des Fußballs ein und ist selbst Attraktion. (1) Ist von "Spielerkauf" die Rede, so ist auch damit angesprochen, daß die Vereine mit den Transferentschädigungen handfeste wirtschaftliche Interessen verfolgen (2) und Neuverpflichtungen und Vertragsverlängerungen maßgeblich, zuweilen ausschließlich davon abhängig machen, ob per Saldo die Differenz von Einnahmen und Ausgaben aus Transferentschädigungen ausgeglichen bleibt. Wird gar durch Spielertransfer ein Gewinn erzielt, so wird darin ein gewinnträchtiger Handel gesehen. Die Kommerzialisierung des Fußballsports zeigt sich darin, daß die Vereine hart mit den Transfererlösen kalkulieren. Insofern zeichnet die Formulierung "Spielerverkauf" die Verfolgung wirtschaftlicher Interessen durch die Vereine nach. Darin liegt aber immer noch der Vorwurf, die Vereine behandelten den Spieler als Objekt wirtschaftlicher Transaktionen, das "verkauft" und mit dem "Handel" (3) getrieben wird. So sieht Burmeister (4) in der Praxis der Spielertransfers die Degradierung der Menschen zum Ding, das verkauft wird, so wie es auch sonst gegen Art. 1 I GG verstieße, wenn Menschen registriert, liquidiert, kommerzialisiert und ersetzt werden. Burmeister orientiert sich an einem Katalog von Formulierungen, die Dürig (5) als Beispiele einer Degradierung des Menschen zum Objekt genannt hat. Dabei zitiert Burmeister zunächst falsch, denn das Beispiel der "Kommerzialisierung" fehlt bei Dürig, auf den er sich beruft, trifft damit aber auch nicht exakt das Anliegen Dürig's, dem es in seiner beispielhaften Umschreibung von Methoden, den Menschen zum

(1) Martialisches vermischt sich mit Poetischem. Torschüsse werden als "Bomben" und "Granaten", Goalgetter als "Torjäger", "Bomber" und sollten sie nicht treffen, als "Ramböcke" bezeichnet; Torwarte "pflücken" "Bananenflanken" herunter. Zur Sprache des Fußballs siehe Harig/Kühn, Netzer kam aus der Tiefe des Raumes.

(2) vgl. Preis S. 62 f.

(3) vgl. Preis S. 62

(4) Burmeister DÖV 1978, 7

(5) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 28

Objekt zu degradieren, ausdrücklich um aus einem "entsetzlich an technische Verstellungen angelehnten Wortschatz" (1) resultierende Gefahren und damit um eine Kritik der Gefahren "unserer technisierten Zeit" (2) und nicht um Gefahren der Kommerzialisierung des Lebens ging. Unabhängig von den Beispielen, die Dürig (3) anführt, ist jedoch die sprachliche Formulierung "Spielerverkauf" in der Tat geeignet, den betroffenen Spieler als Objekt des Handelns und des Handels anderer erscheinen zu lassen. Sie suggeriert, der Spieler sei ein Ding, eine im Transfergeschäft vertretbare Größe, sie impliziert, der Spieler sei lediglich Mittel zum Zwecke des Geldverdienens. Darin, daß ein Mensch zum Objekt, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird, wird allgemeine das Kriterium für die Verletzung des Art. 1 I GG gesehen. (4)

Allerdings wurde in der Rspr. (5) und Lit. (6) Kritik gegen dieses in den Voraussetzungen simplifizierende Kriterium geäußert. Nicht nur in sportsoziologischer Sicht (7) ist es eine banale Feststellung, daß Menschen stets Objekt anderer Menschen und damit auch Mittel zur Erzielung von Zwecken anderer Menschen sind. (8) Nach dem BVerfG (9) ist der Mensch allgemein Objekt gesellschaftlicher Verhältnisse. Wenn das BVerfG (10) meint, der Mensch sei nicht selten auch in rechtlicher Hinsicht Objekt, das sich ohne Rücksicht auf seine Interessen fügen muß, so geht es in seiner Kritik an der Formel Dürig's über das Notwendige hinaus und argumentiert zirkulär, da es ja gerade Aufgabe der Grundrechte - und damit auch des Art. 1 I GG - als subjektive Rechte ist, die Interessen des Bürgers zu berücksichtigen und in den Prozeß der Rechtsfindung einzubringen.

(1) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 28

(2) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 29

(3) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 28

(4) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 28; Preis S. 62; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 12; BVerfGE 27, 6; 5, 204; 7, 205; Minderheitenvotum BVerfGE 30, 40; Stein § 20; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 1 Rdn. 12; Burmeister DÖV 1978, 7

(5) BVerfGE 30, 25 f.

(6) von Münch-Herdemerten GG Art. 1 Rdn. 14; Suhr Entfaltung des Menschen S. 114

(7) siehe oben § 1 I b)

(8) vgl. Wintrich S. 20

(9) BVerfGE 30, 25

(10) BVerfGE 30, 25 f.

Auch die Kritik von N. Luhmann, (1) der Mensch könne überhaupt nur als Objekt behandelt werden, mag insofern mißverständlich sein, als man auch annehmen kann, daß der Mensch als Subjekt behandelt werden könne. Tatsächlich sind die Begriffe "Subjekt" und "Objekt" nur identische Bezeichnungen für dieselbe Person, die lediglich von einem anderen Ausgangspunkt aus gedacht werden. Wer als Person Subjekt ist, sieht den Anderen als Objekt und wird von ihm als Objekt gesehen. Generalisierender kann man auch sagen, daß die beteiligten Personen an einem interaktionistischen Kommunikationsprozeß mitwirken, dessen Auflösung in Subjekt- und Objektbeziehungen zwar möglich ist, jedoch keinesfalls Anknüpfungspunkt für eine dieser Kommunikationsfunktionen diskreditierende Werturteile (2) sein darf. (3) Beispiel für eine bilaterale kommunikative Interaktion, in der die Partner jeweils Subjekte und Objekte und einander Mittel sind, ist der Vertrag. In ihm verfolgen die Parteien durch den anderen vermittelt ihre Ziele. Die Auffassung, der Mensch dürfe nicht Objekt anderer sein, geht an der Struktur rechtlicher Kommunikation vorbei und ist daher erst recht untauglich, Abgrenzungsformel für Verletzungen der Menschenwürde zu sein. (4) Bezeichnend ist, daß die Formulierung "Spielerverkauf" auch nicht die einzige Form der sprachlichen Verdinglichung des Menschen im Fußballjargon ist. Oft ist von den Spielern verdinglichend als von "Spielermaterial" die Rede, ohne daß damit gleichzeitig Bedenken dagegen verbunden sind, daß die Spieler - als "Material" und nicht als Person! - bei den Vereinen beschäftigt sind. (5)

(1) N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 59 f.

(2) Bei Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 28 wird die Kommunikationsbeziehung Objekt zum negativen Werturteil.

(3) So auch Suhr Entfaltung der Menschen S. 114, 118, der mit Recht darauf hinweist, daß die interaktionistische Entfaltung der Menschen durcheinander die Menschen täglich füreinander Mittel und Objekte sein läßt. Darin kommt ein unvoreingenommener Gebrauch des Objektbegriffs zum Ausdruck. BVerfGE 30, 25 f. hingegen verband mit dem Objektbegriff einseitige Zwangsgewalt und die Pflicht, "sich zu fügen". Daß auch in interaktionistischen Beziehungen Kommunikation in dieser Weise verfehlt werden kann, steht dabei auf einem anderen Blatt und kann für den Objektbegriff nicht generalisiert werden.

(4) siehe auch N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 59 f.

(5) vgl. Westerkamp S. 138; Preis S. 62

Letztlich wird auch dann, wenn ein Trainer eine Mannschaft "formt", der Spieler als Objekt gesehen. Sogar in Änderungen der Mannschaftsaufstellung kann man, wenn, um mit Dürig zu sprechen, ein Spieler durch einen anderen Spieler "ersetzt" (1) wird, eine Behandlung des Menschen als Objekt sehen. "Eingesetzt" werden Spieler im Fußball stets, "abgeschossen" werden mitunter Trainer. (2) An diesen Beispielen, die beliebig fortgeführt werden könnten, zeigt sich, daß mit der Formulierung, der Mensch dürfe nicht zum Objekt werden, gegen Grundrechtsverletzungen im Berufsfußball nichts auszurichten ist, kann mit ihr doch wahlweise jede Betätigung der am Fußballsport Beteiligten als Würdeverletzung diffamiert werden.

Nicht weiter führt es auch, statt auf die Degradierung zum Objekt darauf abzustellen, ob der Fußballspieler sich wegen der Ablösummen bei einem Vereinswechsel nach seinem Wert taxieren lassen muß. Samstag (3) sieht darin, daß der Spieler sich bei einem Vereinswechsel gezwungenermaßen nach seinem Marktwert taxieren lassen muß, eine Verletzung des Art. 1 I GG. Dem kann nicht gefolgt werden. Berechnungsgrundlage ist zunächst nicht der Wert des Spielers selbst, sondern der Wert seiner Arbeitskraft. (4) Der Wert der Arbeitskraft eines Arbeitnehmers ist aber allgemein für den Arbeitgeber Entscheidungsgrundlage für die Höhe der Lohnzahlung. Es ist ein ganz normaler Vorgang, daß Arbeitnehmer nach dem Wert ihrer Arbeitskraft als für den Betrieb wertvoll oder weniger wertvoll eingeschätzt werden und sich die Bezahlung nach dem Werte der Arbeitskraft für den Betrieb richtet. Auch verwerten Fußballspieler häufig gezielt ihre Popularität durch die Werbung. Sie müssen sich dann, etwa wenn sie Werbung für Sportartikelfirmen betreiben, nach ihrer Popularität taxieren lassen. (5)

(1) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 28

(2) In beidem sieht Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 28 jedoch die Degradierung des Menschen zum Ding.

(3) Samstag S. 106

(4) siehe auch Westerkamp S. 139, der aber gerade darin einen Grundrechtsverstoß erblickt.

(5) Auch im Bereich des Amateursports ist es nichts Außergewöhnliches, daß Sportler wegen ihrer Popularität und damit wegen ihres Marktwertes Gagen aushandeln.

Darin, daß ein Spieler bei einem Vereinswechsel sich nach dem Wert seiner Arbeitskraft einschätzen lassen muß, liegt keine Verletzung des Art. 1 I GG.

#### 5.) Unterdrückung der Selbstdarstellung

Mit an der Substanz des Menschen gerichteten Vorstellungen von Menschenwürde ist den grundrechtsbedrohenden Auswirkungen von Ablösesummen nicht beizukommen, zumal die Rechtsverhältnisse der Beteiligten so komplex geordnet sind, daß die Substanz der Würde der Spieler nicht mehr geortet werden kann. Interpretiert man die Würde des Menschen als vorhandene und nur zu schützende Substanz, so kann man problemlos nur Extremfälle von Verletzungen der Menschenwürde wie Sklaverei, Leibeigenschaft und Vernichtungslager adäquat in den Griff bekommen. Angesichts dieser Schwierigkeiten versuchen neuere Untersuchungen verstärkt, die Menschenwürde als von Verfassungs wegen zu schützende Funktion zu begreifen. (1) Dabei wird der normative Gehalt des Art. 1 I GG zumindest auch im Schutz freier Selbstdarstellung gesehen.

##### a) Die Eigenständigkeit des Normbereichs des Art. 1 I gegenüber Art. 2 I.

Eine solche Neuinterpretation der Menschenwürde gerät in Gefahr, die Abgrenzung zur Freiheit der Entfaltung der Persönlichkeit des Art. 2 I zu verwischen. Die ältere Auffassung, die auf die Substanz der menschlichen Würde abstellte, meinte, dieses Problem der Unterscheidung der Normbereiche des Art. 1 und des Art. 2 GG dadurch gelöst zu haben, daß man betonte, Art. 2 GG schütze den Menschen in seiner Dynamik, Art. 1 I GG in seiner Statik und in seiner Wesenheit als solcher. (2)

- (1) N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 68 f.; Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 245 ff., 284 ff.; Walter Schmidt JZ 1974, 244 f.; Lisken Frankfurter Hefte 1979, Nr. 12, S. 15 f., 21
- (2) Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 15; ähnlich auch Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 2; Wertenbruch GG und Menschenwürde S. 56 ff.; Künkele S. 23

Dabei war aber gerade Art. 2 I GG als allgemeine Handlungsfreiheit und als Freiheit von ungesetzlichen Eingriffen begriffen worden, (1) ohne daß sich darin etwa die Bedeutung des Art. 2 I GG erschöpfte. (2) Der plakative Abgrenzungsversuch Nipperdey's (3) verträgt sich somit nicht mit der Dogmatik des Art. 2 I GG. Anlaß dafür, daß gerade Art. 1 I GG statisch gesehen und als Substanzschutz verstanden wurde, (4) war vielmehr gerade die Dogmatik des Art. 2 I GG, der durch die Anerkennung eines aus Art. 1 I und 2 I GG folgenden allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit Art. 1 I GG in eine enge dogmatische Verbindung gebracht wurde. So wurde beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Akzent überwiegend auf die Gewährleistung der Privat- und Intimsphäre, eines Innenraums, in den sich der Einzelne zurückziehen kann und in dem er in Ruhe gelassen sein will, (5) gelegt und damit gerade die kommunikationsferne Bedeutung dieses Rechts betont. (6) Daneben jedoch wurden auch kommunikationsbezogene Gewährleistungen aktualisiert wie das Recht, zu bestimmen, welche Informationen über die eigene Person andere erfahren. (7) Scholz (8) attestiert dem BVerfG, bei Art. 2 I und 1 I GG die menschliche Persönlichkeit in der Gesamtheit ihrer funktionalen Wirkungsbezüge gesehen zu haben. Sowohl Art. 2 I GG (9) als auch Art. 1 I GG (10) schützen die Selbstdarstellung des Einzelnen.

- (1) Leibholz-Rinck GG Art. 2 Rdn. 3; von Münch-Niemöhlmann GG Art. 2 Rdn. 15; BVerfGE 9, 88; BVerwGE 30, 198; Walter Schmidt AöR 91 (1966), 50 ff.; Scholz AöR 100 (1975), 95 f.
- (2) so zutreffend Scholz AöR 100 (1975), 90 ff.; Walter Schmidt JZ 1974, 244 f.; von Münch-Niemöhlmann GG Art. 1 Rdn.; Suhr Entfaltung der Menschen S. 115 f.
- (3) Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 15
- (4) vgl. BVerfGE 27, 6 f.; Stein § 20 I; Walter Schmidt JZ 1974, 244f.
- (5) BVerfGE 27, 6; 34, 279; 35, 220; Wintrich S. 15 f.; in der anglo-amerikanischen Rspr. wird vom "right to be let alone" gesprochen, vgl. Walter Schmidt JZ 1974, 244; Seidel Datenbanken und Persönlichkeitsrecht S. 60
- (6) Walter Schmidt JZ 1974, 244; von Münch-Herdmerten GG Art. 1 Rdn. 18; BGHZ 24, 200; 27, 284; 32, 20
- (7) Walter Schmidt JZ 1974, 244 f., der von einem Verfügungsrecht des Einzelnen über Informationen aus seinem persönlichen Lebensbereich spricht; BGHZ 20, 345; 26, 349; 30, 7
- (8) Scholz AöR 100 (1975), 94 f.
- (9) Scholz AöR 100 (1975), 94; Walter Schmidt JZ 1974, 244; Suhr Entfaltung der Menschen S. 86
- (10) N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 68 f.; Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 245 ff., 284 ff.; Lisken Frankfurter Hefte 1979, Nr. 12, S. 15 f., 21

Darin liegt kein Widerspruch und keine dogmatische Überschneidung, sondern die Konsequenz der neuen funktionalen Sichtweise der Grundrechte, die die Bedeutung der Grundrechte primär nicht im Schutze von Substanzen, sondern in ihrer Funktion als Beziehung zwischen Zweck und Wirkung einer Norm sieht. (1) Im Anschluß an N. Luhmann (2) ist Art. 2 I GG als Schutznorm für die äußeren Bedingungen der Selbstdarstellung ab individuelle Persönlichkeit, Art. 1 I GG als Schutznorm der inneren Bedingungen der Selbstdarstellung zu sehen, ohne daß dabei (3) Innen- und Außensphäre verräumlichend gedacht werden, - was eine Rückkehr vom funktionalen zum substantiellen Verständnis implizieren würde - da gerade im Kontakt nach außen Würde bedroht, das Individuum erniedrigt (4) werden kann. Die Kriterien der Innen- und Außenbedingungen der Selbstdarstellung sind vielmehr funktional und kommunikationsbezogen. Mißverständlich könnte diese Auffassung allerdings insofern sein, als Selbstdarstellung auch als oberflächliches Sich-zur-Schau-stellen, als Show verstanden werden könnte.

b) Selbstdarstellung als autonome Konstituierung eigener Würde

N. Luhmann (5) versteht unter Selbstdarstellung die differenzierte Struktur der Erlebnisverarbeitung, die weder in vollem Umfang bewußt noch sozial dargestellt werden kann. Würde ist nach ihm eine Eigenschaft, die nicht etwa vorhanden ist, sondern konstituiert werden muß, indem der Einzelne in sozialer Kooperation sich darstellt, sich der eigenen Darstellung bewußt ist, dies aber nicht mit darstellt.

- (1) eingehend dazu Krawietz Das positive Recht und seine Funktion S. 21 ff., 39 ff.; Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 96 ff.; N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 60 ff.; ders., AöR 94 (1969), 1 ff.
- (2) N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 77
- (3) wie etwa bei BVerfGE 27, 7 und Stein § 20 I
- (4) Beispiel: Tragen eines Judensterns, vgl. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 4 1)
- (5) N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 61



Selbstdarstellung ist aber nicht identisch mit Erfüllung von Rollenerwartungen, nicht situationsgebundene Rollenidentität, wohl aber durch Erfüllen von Rollen konstituierte persönliche Identität, wobei diese Rollen verbinden, konkretisieren, aber auch Rollenpflichten verletzen kann. (1) Diese weitgefaßte Beziehung zwischen Rollen und Identität, die N. Luhmann vertritt, legt es nahe, die Rollenfunktion menschlicher Selbstdarstellung ganz aus der Würdeproblematik auszublenken. Die Auffassung N. Luhmanns, (2) Selbstdarstellung sei individuelle Konstituierung der Persönlichkeit, könnte zu einer hohen Ebene der Generalisierung führen. Tatsächlich begreift er jedoch Würde als Eigenschaft, die sich in kommunikativem Kontakt herstellt, und bestimmt danach Würde als etwas durch die Zahl gesellschaftlicher Kontakte Quantifizierbares. Würde zeigt sich für N. Luhmann in Alltagssituationen und Alltagskontakten, wird in Kleinigkeiten des täglichen Lebens virulent. Gerade darin, daß N. Luhmann die Würde in Kleinigkeiten, in punktuellen fehlerhaften Verhalten, ja letztlich sogar in Taktlosigkeiten und "nachlässiger" Kleidung gefährdet sieht, (3) gerät er in Widerspruch zu seinem generalisierenden Ansatz und identifiziert Würde mit Anstand und Regeln der Konvention, ja mit Würdigkeit, die zudem statusabhängig ist. (4) N. Luhmann substituiert hier den verfassungsrechtlichen Würdebegriff durch einen soziologischen Würdebegriff, der Ansehen und Würdigkeit meint. (5) Den Menschen in den Anforderungen der Kommunikation - wobei diese Anforderungen bei N. Luhmann unhinterfragt bleiben - schlichtweg zu erklären, sie hätten die eigene Würde verfehlt, wobei die eigene Würde in erster Linie der Einzelne selbst zu verantworten habe, (6) löst das normative Problem des Art. 1 I GG nicht, sondern schiebt die Verantwortung für den Würdeverlust auf den Einzelnen ab, statt zu seinen Gunsten den Schutz des Art. 1 I GG zu aktualisieren. (7)

(1) N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 62 f.

(2) N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 77

(3) N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 69, 67

(4) N. Lohmann Grundrechte als Institution S. 68

(5) so auch die Kritik bei Willke S. 165 f.

(6) N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 69, 73

(7) vgl. auch Willke S. 166 f.

Die Abkehr vom Normtext und die Beschwörung der normativen Kraft des Faktischen gipfeln in der Aussage, Würde sei nicht als Grundrecht gewährleistet, (1) was vor dem Hintergrund der Tatsache, daß viele Menschen in ihren Kommunikationsbeziehungen eingeschränkt sind (z. B. geistig Behinderte, Insassen von Strafanstalten) oder sich bewußt einschränken, den Grundrechtssatz von der Menschenwürde seiner wesentlichen Schutzfunktionen beraubt. Der, der sich im Alltag als angesehen und würdig erweist, der auf Grund seines Status sich prägnant darstellen kann, benötigt den Schutz des Art. 1 I GG ohnehin nicht. Die Ausgangsbasis der Theorie N. Luhmanns, daß Selbstdarstellung Konstituierung des Einzelnen als individuelle Persönlichkeit ist, wurde unter Beachtung der normativen Bedeutung des Art. 1 I GG von Krawietz (2) aufgenommen. Selbstdarstellung ist nicht vordergründig in dem Sinne, daß sozialen Anforderungen Genüge getan wird, (3) zu verstehen, sondern als Konstitution des Einzelnen als Persönlichkeit, in der das Selbst des Individuums zum Ausdruck gelangt, zu begreifen. (4) Dabei geht es nicht um die Bewältigung marginaler kommunikativer Anforderungen, sondern um die Gewährleistung der individuellen Möglichkeit des Zu-sich-selbst-findens und damit auch der Selbstidentifikation. Dem entspricht es annähernd, wenn das BVerfG (5) das Selbstbestimmungsrecht im innersten Lebensbereich - das ja nur ein Selbstbestimmungsrecht über die eigene Persönlichkeit sein kann! - als durch Art. 1 I geschützt ansieht. (6) Es kommt also in erster Linie darauf an, ob die Darstellungsleistung autonom und dem Individuum zurechenbar ist, so daß die Würde des Menschen dann in Gefahr gerät, wenn der Einzelne in der sozialen Interaktion sich nicht mehr als individuelle Persönlichkeit konstituieren kann. (7)

(1) N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 72

(2) Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 245 ff.

(3) in welchen sie noch von N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 67 ff. verstanden wurde

(4) Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 246 f.; Gusy DVBl 1982, 986

(5) BVerfGE 27, 7; zustimmend Stein § 20 I

(6) Ähnlich hatte dies bereits N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 75 formuliert: "Nur der Mensch kann bestimmen, was er ist".

(7) Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 245 f., der zutreffend darauf hinweist, daß soziologische Theorien der Selbstdarstellung wie die von Goffmann, Wir alle spielen Theater, S. 230 ff. die normativen Voraussetzungen des verfassungsrechtlichen Würdeschutzes außer Betracht läßt - eine Einschränkung, die teilweise auch gegenüber N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 59 ff. angebracht wäre; vgl. Wilke S. 166 f.

Demgemäß bezeichnet die Problematik der Innenbezüge der Persönlichkeit (1) die autonome Konstitution der eigenen Individualität. Nur so wird verständlich, daß Würde in Situationen der Bedrohung der Individualität (2) nicht etwa verlorgengeht, (3) sondern bedroht wird, aber in der Bedrohung sich latent manifestiert, auf Aktualisierung durch Befreiung von würdeverletzenden Zumutungen wartend, und Schutz durch die Verfassung erheischt. Art. 1 I GG schützt daher die autonome, zurechenbare Konstituierung der eigenen Persönlichkeit.

c) Verfassungsrechtliche Antinomien der Menschenwürde

Gerade die geschundene Kreatur bedarf des grundrechtlichen Schutzes. Diese Erkenntnis ist nach den Erfahrungen mit der die Menschenwürde permanent in den Schmutz ziehenden NS-Gewaltherrschaft Allgemeingut geworden. (4) Die Menschenwürde auch des Verbrechers, des Bewußtlosen, des geistig Behinderten, des KZ-Insassen verlangt Respektierung. Funktionales Verständnis von Menschenwürde bedeutet, gerade dem, dessen Selbstdarstellung gefährdet ist oder dem Selbstdarstellung aktuell nicht möglich ist, verfassungsrechtlichen Schutz angedeihen zu lassen. Während derjenige, dem die eigene Selbstdarstellung im sozialen Kontakt in gewünschter Weise gelingt, Selbstdarstellung erlebt, bedarf derjenige, dessen Autonomie als Persönlichkeit gefährdet ist, des aktuellen Schutzes des Art. 1 I GG. Die aktuelle Funktion des Art. 1 I GG liegt im Schutz der latenten Würde, die aus sich selbst heraus oder durch Einwirkungen anderer zur Aktualisierung nicht in der Lage ist, vor den Einwirkungen anderer. (5)

- (1) vgl. N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 77; BVerfGE 27,7
- (2) etwa in psychiatrischen Kliniken; siehe dazu Goffmann, Asyle, S. 15 ff., 24 ff.; Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 246
- (3) so aber N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 69; der damit uneingestanden zu einem substantiellen Verständnis von Würde zurückkehrt
- (4) vgl. Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 1 Rdn. 3; von Münch-Herdmerten GG Art. 1 Rdn. 1, 2; Wintrich S. 17
- (5) vgl. Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 87 ff., 96 ff.

Die Faktizität der realen Grundrechtsausübung bestimmt somit die funktionale Grundrechtswirkung (1) Nur so wird verständlich, warum gerade die Situation von in ihrer Selbstfindung gefährdeten Personen nach dem Schutz der Menschenwürde verlangt. (2) Gerade jener Rest an Selbstdarstellung als individuelle Persönlichkeit und damit auch jener Rest an Selbstachtung, der solchermaßen gefährdeten Personen noch aktual verbleibt, bedarf des Schutzes, und zwar nicht, weil es Ziel des Art. 1 I GG wäre, in ihnen die Erwartung zu wecken, ihren persönlichen kommunikativen Status aufzubessern, sondern weil jener Rest an Selbstachtung und persönlicher Autonomie in seinen Grundfesten erschüttert ist und, indem die Bedingung der Selbstkonstituierung bedroht ist, jede zukünftige konkret-aktuale Selbstdarstellung in ihren Voraussetzungen bedroht ist. Dabei kommt es für Art. 1 I GG nicht mehr darauf an, ob konkret-aktuale Selbstdarstellung geleistet wird oder gar als solche dem Individuum bewußt wird. Die Autonomie der persönlichen Selbstfindung ist vom Erfolg dieses Prozesses nicht abhängig. Darin liegt die Trennung von Faktizität und Normativität auf der Basis der funktionalen Grundrechtssicht. (3) Daß Menschenwürde auch dem Bewußtlosen, dem Säugling und dem des Bewußtseins seiner selbst nicht mehr fähigen in extremem Ausmaß geistig Behinderten zukommt, ist zu Recht allgemein anerkannt. (4) Ebenso kommt dem verhungernenden oder zum Sterben verurteilten KZ-Häftling Menschenwürde zu, wobei der gezielte Versuch, nicht allein den Mensch, sondern zuerst dessen Würde zu vernichten, zu der Antinomie (5) führt, daß der so Geschundene zwar zutiefst in seiner Würde verletzt ist, ihm aber gleichwohl weiter Würde - als Ausdruck seiner konkreten Individualität - gerade

(1) Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 98

(2) vgl. Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 246 f., Goffmann Asyle S. 15 ff., 24 ff.

(3) siehe auch Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 99

(4) Dürig AöR 81 (1956), 125; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn.20; Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 3; Wintrich S. 15; von Mangoldt-Klein GG Art. 1 Anm. III 2 c); von Münch-Herdmerten GG Art. 1 Rdn. 10; BGHZ 35,8; Hamann-Lenz GG Art. 1 Anm. B 2; Löw DÖV 1958, 516; Lindemann DVBl 1957, 40

(5) zum Begriff vgl. Achterberg Der Staat 1969, 160 ff. = Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts S. 251 ff.

auch im Leiden zukommt. (1) In dieser antinomischen Spannungslage von Verletzung und Bewahrung der Würde erweist sich die Notwendigkeit auch eines Verständnisses von Menschenwürde, das den Mensch substantiell schützt. Die Würde kann dem Menschen auch dann nicht genommen werden, wenn er durch gezielte Maßnahmen zum "Untermenschen" gestempelt wird (2) und nicht nur nicht zu aktueller Selbstdarstellung, sondern auch nicht mehr zu Selbstfindung und Selbstachtung (3) fähig ist. Auch die latente Unfähigkeit zu autonomer Konstituierung der eigenen Persönlichkeit führt also, und darin liegt die Antinomie der Menschenwürde als eines von Verfassungs wegen gewährleisteten Grundrechts beschlossen, nicht zum Verlust der Würde, nicht zu Würdelosigkeit. Die Würde des Menschen kann angetastet werden und wird häufig angetastet; (4) dennoch kann sie nicht verloren gehen. Die Gewährleistungsfunktion des Art. 1 I GG liegt damit einerseits in der Funktion des Schutzes der Würde als von tatsächlichen Behinderungen, Entwürdigungen und Darstellungsschwierigkeiten unabhängigen und vorhandenen letzten Substanz dessen, was den Menschen ausmacht, sowie andererseits in dem Schutz der Autonomie der sich selbst konstituierenden Persönlichkeit und der Möglichkeit der Aktualisierung latenter Selbstfindung und Selbstbestimmung. Damit ist gleichzeitig der Tatbestand des Art. 1 I GG (5) hinreichend abgegrenzt, zumal der Erfolg einer gelungenen Persönlichkeitsbildung und Selbstdarstellung nicht mitgarantiert ist. (6)

- (1) anders zur Antinomie des Würdebegriffes Grimm S. 57, der zwischen Würdeverlust und Würdeverletzung unterscheidet. Für ihn ist Würdeverlust gleichbedeutend mit dem Verlust menschlicher Existenz. Diese Differenzierung zwischen Würdeverlust und Würdeverletzung befriedigt nicht, da Grimm gerade die Verhältnisse in Konzentrationslagern nicht ausreichend erklären kann, würde seine Auffassung doch zur Folge haben, daß mit dem Tod der Insassen deren Grundrecht endigt. Tatsächlich ist aber der Tod der Insassen nur der Endpunkt einer Kette systematischer Würdeverletzungen.
- (2) der ideologisch verblendete Glaube an die Existenz von "Untermenschen" bedarf zurechtgerichteter und entwürdigter Demonstrationsobjekte
- (3) Die Geschichte liefert erschreckende Beispiele des Verlustes jeglicher Selbstachtung, ja der totalen Gleichgültigkeit und Abgestumpftheit von KZ-Opfern
- (4) siehe auch Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 245, 277
- (5) der, legt man die Auffassung von N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 59 ff. zugrunde, nahezu, da jeden alltäglichen Vorgang umfassend, unbegrenzt wäre
- (6) siehe auch Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 100 f.

Gleichzeitig ist die Gewähr dafür geboten, daß Art. 1 I GG nicht nur in Extremlagen schützt, (1) sondern auch im Alltag aktualisiert wird. (2)

d) Fallgruppen von Verletzungstatbeständen

Gemäß diesen Kriterien wäre zu fragen, inwiefern die Forderung von Ablösesummen die individuelle Konstituierung der Persönlichkeit der Spieler beeinträchtigt bzw. verletzt. Sollte es den Bundesligaspielern nicht gelingen, die Entscheidung des Vereinswechsels und die damit verbundenen Umstände nicht als allein ihnen zurechenbare selbstbestimmte Entscheidung zu präsentieren, so kann darin noch keine Verletzung des Art. 1 GG gesehen werden. Indes ist die Konstituierung der Persönlichkeit unter dem normativen Gesichtspunkt des Art. 1 I GG weniger eine Frage des Bewußtseins als eine Frage der objektiven, die Situation der Persönlichkeitsfindung beeinflussenden Faktoren, sind sich doch in vielen Fällen die Spieler ihrer Abhängigkeiten nicht bewußt, ohne daß dies an der objektiven Erschwerung des Vereinswechsels etwas ändert. Ablösesummen und die damit verbundenen Einschränkungen des Vereinswechsels führen zu Inkonsistenzen in der Selbstidentifikation nicht allein dadurch, daß subjektiv das Bewußtsein der Unfreiheit und Gebanntheit der Entscheidung, den Verein zu wechseln, entsteht, sondern vor allem dadurch, daß eine fremdbestimmte Entscheidung als autonom und frei dargestellt werden soll, da die Spieler sowohl gegenüber sich selbst als auch gegenüber der Öffentlichkeit bestrebt sind, den Vereinswechsel auch dann als freie eigene Entscheidung auszuweisen, wenn de facto die Entscheidung nur in der Alternative, arbeitslos zu werden oder den vom abgebenden Verein gewünschten Wechsel zu akzeptieren, bestand und somit vom abgebenden Verein fremdbestimmt war.

- (1) auf diese Bedeutung wollte die ältere Lehre Art. 1 I GG offenbar beschränken; siehe etwa Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 16, 28, 30; Maunz § 14 II 1); Dürig AöR 81 (1956), 125; Wintrich S. 16 f.; andererseits jedoch von Münch-Herdemerten GG Art. 1 Rdn. 2)
- (2) siehe Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 247; Lisken Frankfurter Hefte 1979, Nr. 12, S. 13 ff.



Aus diesem Grunde und nicht schon allein wegen der durch das Verhalten des abgebenden Vereins verursachten Restriktionen wird die Selbstidentifikation des Spielers auch dann beeinträchtigt, wenn in der Öffentlichkeit dennoch der Eindruck einer selbstbestimmten Entscheidung erweckt oder aufrecht erhalten wird. Der bei Vereinswechseln eintretende Verlust der Selbstidentifikation und damit letztlich auch der Selbstachtung des Spielers ist graduell je nach der Modalität des Vereinswechsels verschieden. In den Fällen, in denen der Vereinswechsel durch die Forderung einer Ablösesumme nicht behindert wird, gerät der Spieler auch nicht in Probleme der Selbstidentifikation und der Selbstfindung. Andererseits muß eine Situation, in der über die Präsentation eigener sportlicher Leistung andere in der Weise entscheiden, daß Art und Ort der sportlichen Betätigung faktisch vorgeschrieben werden, als Selbstentfremdung erlebt werden.(1) Dies gilt besonders, wenn abgebender und aufnehmender Verein hinter dem Rücken des betreffenden Spielers die Bedingungen des Vereinswechsels unter Einschluß der Ablösesumme bereits vor dem Transfer festgelegt haben und so den wechselwilligen Spieler vor vollendete Tatsachen stellen können. Zwar bleibt immer noch dem Spieler die letzte Entscheidung über den Vereinswechsel. Daher lassen die Ablösebestimmungen dem Spieler durchaus Einfluß auf die Bedingungen des Transfers. (2) Gerade die Diskrepanz zwischen formaler Freiheit und faktisch - psychologischem Zwang führt hier zur Selbstentfremdung. Der Spieler muß gute Miene zum bösen Spiel machen und die von den Vereinen ausgehandelten Bedingungen akzeptieren, will er nicht sein berufliches Auskommen riskieren. Dabei riskiert er aber seine Selbstachtung, wenn die Realisierung der beruflichen Entfaltungsmöglichkeiten nur unter Hintanstellung der eigenen Persönlichkeit und Verzicht auf die Darstellung der individuellen Vorstellungen und damit der Präsentation des eigenen Selbst möglich ist.

(1) vgl. Burmeister DÖV 1978, 5 ff.

(2) Anders LAG Berlin NJW 1979, 2582 und Burmeister DÖV 1978, 6 f.; danach seien die Ablösebestimmungen deshalb verfassungswidrig, weil sie Bedingungen für einen Transfer aufstellten, auf die die Spieler keinen Einfluß hätten.



Er wird von einem Verein zum anderen geschoben, und seine Handlungsweise ist nicht Ausdruck seiner Selbst, sondern anderer Mächte, die hinter ihm stehen, ohne daß er deshalb wie eine Sache in einen anderen Herrschaftsbereich eingegliedert wird. (1)

Dabei sind auch in der Fallkonstellation des von den beteiligten Vereinen eingefädelten und veranlaßten Wechsels unterschiedliche Variationen, Abstufungen und Konfigurationen denkbar. So sind stufenlose Variationen des Ausmaßes, in dem die Vereine den Spielerwechsel vorher einfädeln und absprechen, denkbar. Wo hier eine Situation der Selbstentfremdung des Spielers erreicht ist, kann in concreto nur unter Berücksichtigung weiterer Umstände wie Interesse des Spielers an einem Wechsel, Interesse des Spielers gerade an bestimmten Vereinen, sportliche Situation der in Frage kommenden und beteiligten Vereine - der sportliche "Abstieg" zu einem in den Abstiegskampf verwickelten Verein dürfte eher als Selbstentfremdung empfunden werden als der Transfer zu einem Meisterschaftsfavoriten - und nicht zuletzt die Art und Weise, in der die beteiligten Vereine die Transferentscheidung in der Öffentlichkeit darstellen, da die Selbstachtung des Spielers in besonderem Maße durch Bloßstellungen in den Medien gefährdet ist, beurteilt werden. Erst recht wird zu einer differenzierender Einzelbeurteilung überlassenen Entscheidung, wann Selbstentfremdung und Beeinträchtigung der Konstituierung als Persönlichkeit eintritt, wenn der Transfer durch Ablösesummenforderungen erschwert wird, ohne daß der abgebende Verein den Wechsel bereits vorbereitet. In solchen Situationen, in denen bereits Ablösesummenforderung im Vorfeld den Wechsel beeinflusst, ohne daß von vollendeten Tatsachen oder abgekartetem Spiel gesprochen werden kann, erscheinen Selbstachtung und Persönlichkeitsfindung des Spielers weniger gefährdet. Nicht schon jede Verweigerung von Rechten, nicht jedes Hinnehmenmüssen von Entscheidungen anderer ist für sich bereits eine Verletzung der Menschenwürde, auch wenn im Einzelfall sich dabei Gefühle des Unmutes und der Entfremdung einstellen mögen.

(1) siehe oben § 15 3); vgl. auch Preis S. 62 und Westerkamp S. 138 f.

Allein daß Rechte und Interessen durch Forderung einer Ablösesumme übergangen werden, führt noch nicht zu einer Verletzung der Menschenwürde. Auch ist Art. 1 I GG keine kleine Münze, mit der Geschmacklosigkeiten oder schlechte Behandlung abgewehrt werden könnten. (1) Daß im Einzelfall Situationen der Selbstentfremdung und des Verlustes der Selbstachtung entstehen, wenn der Spieler durch Ablösesummen in der freien Wahl eines neuen Vereins gehindert wird, dürfte daher lediglich dann möglich sein, wenn einige der oben genannten Faktoren zusammentreffen. Dabei kommt neben dem Kriterium der Zustimmung der Tätigkeit auf einem niedrigeren sportlichen Niveau den konkreten Begleitumständen des Transfers besondere Bedeutung zu. Erweckt der Verein den Eindruck, mit dem Spieler schachern zu wollen, und läßt er in der Öffentlichkeit spüren, daß ihm die Interessen des Spielers nichts gelten, so dürfte beim Spieler eher ein Verlust an Selbstachtung eintreten. Allerdings bedarf es dazu besonderer Umstände. Wird der Spieler arbeitslos, weil er wegen überhöhter Ablösesummenforderung keinen neuen Arbeitgeber findet, so liegt allein im Erfolg der Arbeitslosigkeit noch keine Verletzung des Art. 1 I GG, da auch allgemein Entlassungen auch in der Form fristloser Kündigungen von der Rechtsordnung anerkannt sind, obwohl Entlassung und Arbeitslosigkeit zu psychischen Problemen und Gefühlen der Entfremdung führen können. Wenn jedoch die hohe Ablösesumme nur dazu dient, einen erneuten Vertragsschluß - zudem zu schlechteren Bedingungen - beim alten Verein zu erzwingen oder den Spieler lediglich zu brandmarken, der Lächerlichkeit preiszugeben oder an ihm wie an einem Kind Strafen zu exerzieren, so wird neben der beruflichen Existenz auch die Selbstachtung des Spielers und damit seine Würde getroffen. Seine personale Identität erscheint dann als fremdbestimmte Manövriermasse. Die zurechenbare Konstituierung als individuelle Persönlichkeit wird durch solche Praktiken verletzt, das autonome Selbst des Spielers kommt nicht mehr zum Tragen.

(1) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 29, 16; Dürig AöR 81 (1956), 124 f.; vgl. auch Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 3; BayVerfGH VGHE 2, 93; BVerfGE 30, 25 f., die sich um eine Begrenzung des Tatbestandes des Art. 1 I GG bemühen.

Setzt ein Verein jedoch eine hohe, zur Arbeitslosigkeit des Spielers führende Ablösesumme fest, um ein Maximum an Einnahmen zu erzielen, ohne daß die genannten Umstände vorliegen, so ist Art. 1 I GG nicht verletzt. Das Ergebnis mag merkwürdig erscheinen, ist aber Folge der eigenständigen Normativität des Art. 1 I GG, der in seinem Schutzbereich nicht mit Art. 12 GG gleichgesetzt werden kann. (1) Versucht ein Verein während der Saison einen noch unter Vertrag stehenden Spieler durch Nichtaufstellung unter Druck zu setzen, um diesen zur Auflösung des Vertrages zu veranlassen und beim anschließenden Transfer eine Ablösesumme zu realisieren, so wird der Spieler ebenfalls in eine psychische Zwangslage (2) versetzt, indem ihm für den Fall, daß er den Vorschlag des Vereins, dem Wechsel zuzustimmen, nicht akzeptiert, wirtschaftliche Nachteile drohen. Da der Spieler keinen Anspruch auf Aufstellung hat und die Verbannung in die Reserve stets taktische und spielerische Gründe haben dürfte, gehört das Risiko, nicht aufgestellt zu werden, zu den vom Spieler individuell zu verarbeitenden Erlebnissen sportlichen Mißerfolges, ohne daß ihm das Grundrecht der Menschenwürde dabei Unterstützung und Schutz gewährt. Eine Verletzung des Art. 1 I GG ist daher in dieser Fallkonstellation nicht gegeben.

#### 6.) Würdeverletzungen durch entwürdigende Sprache

Die von Burmeister (3) mit Recht konstatierte Vulgarisierung der Sprache gibt Anlaß zu Bedenken auch dort, wo die mit ihr bezeichneten Sachverhalte nicht Grundrechte verletzen. Bereits die Äußerung über einen Spieler, er werde "gekauft", "verkauft", stehe zum Verkauf an, man werde ihn "teurer verkaufen" oder "billiger bekommen", muß diesem als Zumutung erscheinen, die ihm aufnötigt, auch dort gute Miene zum bösen Spiel zu machen oder Gleichgültigkeit zu heucheln, wo gewollt oder ungewollt geringschätzig über ihn wie eine Ware gesprochen wird.

- (1) Das Denken in Kernbereichen ist eine verabsolutierende Variante des Substanzdenkens. Leisner S. 384, 402 f., BayVerfGH BayVBl 1980, 47 und auch Wertenbruch GG und Menschenwürde S. 56 ff. sowie Künkele S. 23 sahen in diesem Kernbereichsschutz das maßgebliche Kriterium. Die normative Eigenständigkeit des verfassungsrechtlichen Würdebegriffs gerät dabei in Gefahr, vergessen zu werden.
- (2) die nach Ansicht von Burmeister DÖV 1978, 5 maßgebliches Kriterium für das Vorliegen einer Rechtsverletzung ist.
- (3) Burmeister DÖV 1978, 5

Denjenigen, die dieses Vokabular verwenden, muß man konzедieren, auf der Woge eines von den Medien geprägten Jargons mitzuschwimmen, ohne sich Gedanken über die verfassungsrechtlichen Implikationen dieses Vokabulars wie auch des DFB-Transferwesens zu machen, Allein Gedankenlosigkeit wäre eine eine zu billige Ausrede; (1) auf den Stehplätzen in den Stadien wird manches, was nicht druckreif ist, gesprochen, doch durch die Medien wird der Jargon aufgegriffen und erhält im Feedback des Publikums Bestätigung. Um so erschreckender ist, daß in der Lit. unkritisch dieser Sprachgebrauch übernommen wird und offen von Spielerverkauf teils ohne distanzierende Anführungsstriche gesprochen wird. (2) So ist der erschreckende Befund zu konstatieren, daß in der täglichen Umgangssprache die Persönlichkeit des Spielers gering geachtet wird und im Grunde genommen alle Beteiligten einschließlich der Zuschauer das Ihrige zum jetzigen Zustand beitragen. Dadurch nutzt sich die zynische Schärfe des Jargons ab, und dieser wird zur mißbilligenswerten, aber möglicherweise nicht mehr abzustellenden Begleiterscheinung des Profifußballs. Die Schärfe bleibt nur dort erhalten, wo gewollt und gezielt das Vokabular von "Kauf" und "Verkauf" benutzt wird, um einen Spieler zu demütigen. Sie wird bisweilen gezielt von Vereinsvorsitzenden oder -managern eingesetzt, um Spieler, die sich nicht wunschgerecht verhalten, zu düpiieren. Würde ein Spieler sich gegen die Inaussichtstellung, zum "Verkauf" zu stehen, verwahren, so würde sein Beharren auf dem korrekten Sprachgebrauch des Transfers als die Tatsachen nicht ändernder Sophismus zurückgewiesen werden. In einer solchen Situation der Wehrlosigkeit gegenüber einer Darstellung, die den Spieler als "verkaufbares" Gut ausweist, ist die Menschenwürde konkret in Gefahr. Im Extremfall kann bereits der bloße Sprachgebrauch von "Kauf" und "Verkauf", sofern er unmittelbar der Demütigung und Herabsetzung des Spielers dient, die Menschenwürde des Spielers verletzen.

(1) vgl. Lisken Frankfurter Hefte 1979, Nr. 12, S. 14, 21

(2) So spricht Westerkamp auf S. 158, 160, 161 von einem "Verkauf" von Spielern, auf S. 158 von "Verkäufen" von Spielern, konstatiert und akzeptiert auf S. 158, daß Spieler wie Waren gehandelt werden, und spricht auf S. 158 von einem Verkauf ohne Anführungsstriche. Auch Preis S. 62 folgt dem Sprachgebrauch, ein Spieler werde "verkauft". Eine distanzierte Betrachtung aus juristischer Sicht erfolgt nicht.

## § 16 Uneinschränkbarkeit und Unverzichtbarkeit der Menschenwürde

Wie bei Art. 12 GG (1) stellt sich auch bei Art. 1 I GG das Problem der Schranken und der Verzichtsmöglichkeiten im zugrundeliegenden privatrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Spieler und DFB bzw. Verein.

### 1.) Uneinschränkbarkeit der Menschenwürde in privatrechtlichen Kollisionslagen

Daß die Menschenwürde in öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen nicht eingeschränkt werden kann, ist allgemein anerkannt (2) und ergibt sich aus der Formulierung "unantastbar" sowie der auch durch Verfassungsänderung nicht beschränkbar gewährleisteten durch Art. 79 III GG als verfassungsänderungsfestes Minimum. (3) Eine andere Auffassung wird lediglich Dürig (4) von Nipperdey (5) unterstellt. Dürig (6) erwähnt jedoch in seiner Analyse der Grundrechte, die durch polizeirechtliche Generalermächtigungen einschränkbar sind, Art. 1 I GG nicht und will so erkennbar den Vorbehalt zugunsten polizeirechtlicher Ermächtigungen nicht auf Art. 1 I GG ausdehnen. Überdies ist nach seiner Auffassung (7) Art. 1 I GG ohnehin kein Grundrecht. Dürig kann daher nicht für eine gesetzliche Einschränkung der Menschenwürde in Anspruch genommen werden. Für privatrechtliche Rechtsverhältnisse gilt nichts anderes. Übereinstimmend wird davon ausgegangen, daß im Rahmen von privatrechtlichen Grundrechtskollisionen Art. 1 GG vor den übrigen Grundrechten Vorrang hat und eine Güterabwägung, wie sie ansonsten bei Grundrechtskollisionen vorgenommen wird, nicht stattfindet. (8)

- (1) siehe dazu oben § 11 und § 12
- (2) von Münch-Herdmerten GG Art. 1 Rdn. 13; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 37; Maunz § 14 II; Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 21 f.; von Münch JZ 1958, 74
- (3) Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 37; Maunz § 14 II
- (4) Dürig AöR 79 (1953/54), 80 f.
- (5) Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 22
- (6) Dürig AöR 79 (1953/54), 57 ff., 80 f.
- (7) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 5,13; Dürig AöR 81 (1956), 119, 122
- (8) BVerfGE 30, 194 ff.; 35, 202, 220 f.; Leisner S. 384; Rübner BVerfG und GG S. 462; Friesenhahn Der Wandel des Grundrechtsverständnisses S. 5 f.; Harald Schneider S. 87 ff.

Im Lebach-Urteil (1) hat das BVerfG eine Güterabwägung zwischen Art. 5 I GG und Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG vorgenommen und Rundfunkfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht in concreto abgewogen. Da das Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 und 2 GG abgeleitet wurde, konnte es zu einer derartigen Güterabwägung kommen. Im Mephisto-Fall (2) hingegen wandte das BVerfG Art. 1 I GG allein ohne Hinzuziehung von Art. 2 GG an. Demzufolge stellte es die Menschenwürde Gründgens' über die Kunstfreiheit des Schriftstellers Klaus Mann. Der Menschenwürde wurde so Vorrang vor anderen Grundrechten eingeräumt. Eine Einschränkung der Menschenwürde in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen im Rahmen von Grundrechtskollisionen wurde so vom BVerfG verneint. (3) Auch in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen ist die Menschenwürde somit nicht durch Grundrechte anderer einschränkbar. Dies hängt eng mit der notwendigen Begrenzung des Grundrechtstatbestandes des Art. 1 I GG zusammen, der gerade vor dem

(1) BVerfGE 202, 220 f.

(2) BVerfGE 30, 194 ff.

(3) BVerfGE 30, 194 ff. Die abweichenden Meinungen der Richter Dr. Stein und Rupp-von Brünneck, BVerfGE 30, 200 ff. und 30, 218 ff. zielten nicht gegen dieses vom BVerfG angenommene Rangverhältnis von Art. 1 I und Art. 5 III GG, sondern richteten sich lediglich gegen ein vom BVerfGE 30, 194 angenommenes Fortwirken der Menschenwürde nach dem Tode, gegen eine in der Entscheidung zum Ausdruck kommende Beschränkung der richterlichen Prüfungszuständigkeit, - siehe die abweichende Meinung der Richterin Rupp-von Brünneck BVerfGE 30, 219 unter Berufung auf BVerfGE 7, 198 ff. - leugnen die tatbestandlichen Voraussetzungen der Verletzung der Menschenwürde Gründgens' in concreto - siehe BVerfGE 30, 218 - und wenden sich gegen die Auslegung des Art. 5 III GG durch das BVerfG. Sie gehen wie auch BVerfGE 30, 173 ff. davon aus, daß die Menschenwürde Vorrang vor anderen Grundrechten hat, ohne dies noch gesondert zu betonen.



Hintergrund seiner Uneinschränkbarkeit im Interesse einer elastischen Güterabwägung nicht überfordert werden darf. (1) Eine Abwägung von Menschenwürde der Spieler und Grundrechten und Interessen von DFB und Vereinen findet daher nicht statt.

## 2.) Unverzichtbarkeit der Menschenwürde durch Verträge

Ein vertraglicher Verzicht auf die Menschenwürde gegenüber DFB und beteiligten Bundesligavereinen muß nicht nur an den oben (2) dargestellten Einschränkungen, die für jeglichen Grundrechtsverzicht gelten, gemessen werden, sondern auch an der völlig verzichtsfernen Normativität des Art. 1 I GG. Nach unbestrittener Auffassung (3) ist die Menschenwürde jedenfalls in öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen unverzichtbar.

- (1) Aus diesem Grunde bemüht man sich allgemein von den unterschiedlichsten Ansätzen aus, den Tatbestand des Art. 1 I GG zu begrenzen. Vgl. BVerfGE 30, 25 f.; BayVerfGH VGHE 2, 93; Bay VerfGH BayVB1 1980, 47; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 16, 29; Dürig AöR 81 (1956), 124 f.; Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 3; Kloepfer BVerfG und GG Bd. 2 S. 411 ff. Soweit Kloepfer eine Einschränkung der Menschenwürde bejaht, steht dies im Zusammenhang mit der Verbindung von Art. 1 I GG mit anderen einschränkbaren Grundrechten wie Art. 2 I GG. Soweit er darüber hinaus auch den Art. 1 I GG für beschränkbar hält, ist ihm nicht zuzustimmen. Tatsächlich handelt es sich bei den von Kloepfer angesprochenen "Schranken" lediglich um tatbestandliche Eingrenzungen des Art. 1 I GG. Kloepfers Auffassung führt zu einer gefährlichen Relativierung des Art. 1 I GG, der durch eine fehlende Differenzierung zwischen Tatbestand und Schranken völlig die normative Prägnanz einbüßen würde. Kloepfers Ansatz ist dadurch erklärbar, daß er nicht die Menschenwürde, sondern das Leben als höchsten Wert ansieht; Kloepfer BVerfG und GG Bd. 2 S. 412 f. Damit kommt er jedoch nicht nur in Schwierigkeiten, die Mephisto-Entscheidung BVerfGE 30, 173 ff. adäquat einzuordnen, sondern begreift auch das Leben als Substanz und damit als naturrechtliche Grundlage allen Rechts. Dieses nicht mehr am Normtext des Art. 2 GG orientierte Ausweichen in naturrechtliche Rechtsbegründung ist ungeeignet, Aussagen über die Normativität des Art. 1 und 2 GG zu fällen, hätte doch der Bürger, begriffe man das Recht auf Leben als Höchst- und Letztwert, das Recht, alle Tätigkeiten zu verweigern, bei denen er sein Leben verlieren könnte: er bräuchte wegen des Verkehrsunfallrisikos nicht einmal mehr zur Arbeit zu fahren.
- (2) unter § 12
- (3) Maunz Dürig-Herzog-Scholz Art. 1 Rdn. 22; Bonner Kommentar-Zippelius Art. 1 Rdn. 40; von Münch-Herdemerten GG Art. 1 Rdn. 13; von Mangoldt-Klein GG Art. 1 Anm. III 8; Giese GG Art. 1 Anm. II 1; Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 22; Maunz § 14 II; von Münch JZ 1958, 74; Münch Die Menschenwürde S. 8; BVerwG DVBl 1982, 652



Ausdrücklich auch für den Bereich des Privatrechts wird die Möglichkeit eines Verzichts auf die Menschenwürde von Leisner (1) und Nipperdey (2) verneint, wobei Nipperdey dabei für das aus der Verbindung von Art. 1 und 2 GG abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht eine Ausnahme macht. Im Ansatz anders sehen Dürig (3) und Blaesing (4) die Verfügungsmöglichkeit über die Menschenwürde in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen. Unter Privaten sollen gerade wegen der Menschenwürde "Positionen, die allgemein der Menschenwürde zugerechnet werden", (5) individuell verzichtbar sein. Noch weitergehend hält Amelung (6) Art. 1 I GG gar nicht für einschlägig, wenn eine Einwilligung vorliegt. Daß die Menschenwürde selbst eine Verzichtbarkeit der Menschenwürde gebieten soll, wurde bereits oben (7) abgelehnt. Die Menschenwürde stellt um der prinzipiellen Geltung des Rechts willen (8) letzte Grenzen auch für private Betätigung auf. Weil die Existenz von selbstverantworteten, sich als Ego darstellenden Individuen Entfaltungsbedingung des Rechtsstaats ist, dürfen weder der Staat noch Private über die Menschenwürde verfügen. Die Menschenwürde ist auch in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen unverzichtbar und uneinschränkbar, so daß auch eine Abwägung mit Interessen des DFB nicht mehr in Betracht kommt.

Zum Abschluß ist noch ein Problem aufzugreifen, das oben bereits angedeutet wurde. Es wurde davon ausgegangen, daß nicht die abstrakt-generelle Regelung der Ablösesummen im DFB-Lizenzspielerstatut, sondern die Forderung einer Ablösesumme im Einzelfall Rechtsverletzungen von Grundrechten der Spieler herbeiführt und somit die einschlägigen Bestimmungen des DFB-Lizenzspielerstatuts für sich genommen ohne Anwendungsakt noch nicht verfassungswidrig sind.

(1) Leisner S. 384

(2) Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 22

(3) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 22

(4) Blaesing S. 71 f.

(5) so Blaesing S. 72

(6) Amelung S. 49 f.; ähnlich Gusy DVBl 1982, 985 f.

(7) siehe oben § 7 3) b) ee)

(8) und nicht im Sinne eines Kernbereichsdenkens; siehe oben § 7 2) b); vgl. ferner Maunz § 14 II 1; Wintrich S. 16 f.

Überwiegend wird jedoch angenommen, daß die Bestimmungen des DFB-Lizenzvertrages selbst eo ipso verfassungswidrig seien. (1) Jedenfalls dann, wenn auch Fallkonstellationen denkbar sind, in denen die Vereinbarung einer Ablösesumme keine verfassungswidrige Beeinträchtigung von Rechten des Spielers bedeutet, ist die vertragliche (2) Ermächtigung in Form des DFB-Lizenzspielerstatuts selbst noch kein Verstoß gegen die Berufsfreiheit und die Menschenwürde. Zu einem solchen Verstoß kommt es vielmehr erst, wenn von der vertraglichen Ermächtigung Gebrauch gemacht wird und eine Ablösesumme vereinbart oder festgesetzt wird. (3) Würde man die ermächtigende Regelung an der Verfassungsmäßigkeit des ermächtigten Verhaltens messen, so würde man den Normstufenbau umkehren. (4) Die Ermächtigung zur Forderung von Ablösesummen, die in §§ 26 ff. DFB-Lizenzspielerstatut enthalten ist, wird deshalb nicht selbst verfassungswidrig, wohl aber zumindest partiell absolet. (5) Die Regelungen des DFB-Lizenzspielerstatuts, insbesondere der §§ 26 ff., als autonomes Satzungsrecht und als Vertragsbestandteil der Lizenzverträge brauchen daher nicht angetastet werden, sondern können unbeschadet ihres Verlustes an Anwendungsbereichen und an praktischer Brauchbarkeit bestehen bleiben. Eine Abwälzung der Verantwortung der beteiligten Vereine an der Grundrechtsverletzung auf den DFB findet nicht statt. Ob der DFB aus Gründen der Praktikabilität und im Rahmen einer Reform sich in Zukunft zu einer Neuregelung der einschlägigen Vorschriften bereit finden sollte oder wird, steht auf einem anderen Blatt; von Verfassungs wegen verpflichtet ist er dazu nicht. Die Probleme, die gegenwärtig und bei weiterem Flüchten des DFB aus der Verantwortung gegenüber den Spielern und deren Grundrechten auf die um den Schutz ihrer Grundrechtspositionen besorgten Spieler zukommen, liegen dabei klar auf der Hand.

(1) so Samstag S. 105 f.; Westerkamp S. 140 ff.; Börner S. 91 f.; LAG Berlin NJW 1979, 2582; differenzierend Weiland S. 319 ff.

(2) und wäre auch eine gesetzliche vgl. Achterberg JZ 1975, 717

(3) siehe Achterberg JZ 1975, 717

(4) Achterberg JZ 1975, 717

(5) siehe Larenz Methodenlehre S. 339 und Achterberg JZ 1975, 717. Es handelt sich hierbei um eine Anwendung des gemeinrechtlichen Grundsatzes "cessante ratione cessat lex ipsa".

Den Spielern bleiben alle Erfordernisse und Risiken individueller außergerichtlicher und gerichtlicher Rechtsverfolgung aufgebürdet. Dagegen bestehen aber angesichts der Gewährleistung der Grundrechte als subjektive vom Einzelnen einklagbare und einzuklagende Rechte keine Bedenken. Die hier vertretene Lösung führt nicht allein dazu, daß die Rechtsbeziehungen zwischen Vereinen und Spielern grundrechtskonform geordnet werden, sondern auch dazu, daß sie individuell geordnet werden und den Beteiligten ein Spielraum zum Ausbalancieren der widerstreitenden Interessen verbleibt, so daß im Wege individueller vertraglicher Gestaltung interessengemäße Lösungen noch am ehesten erreicht werden können.

Ein letzter Einwand gegen die Auffassung, in der Forderung einer Ablösesumme liege die grundrechtsverletzende Handlung, könnte daraus folgen, daß die Spielberechtigung der Freigabe bedarf, die durch die Transferentschädigung abgelöst wird. (1) Allein die Verweigerung der Freigabe als Verletzungshandlung anzusehen, hieße jedoch, die Funktion der Freigabe zu verkennen. Die Freigabe ist keineswegs ein Recht, das den Vereinen zur Sicherstellung ihrer Ablöseforderungen zusteht. Die Freigabe ist vielmehr derjenige Akt des abgebenden Vereins, der seitens des DFB für die Spielberechtigung im allgemeinen Spielbetrieb zugrundegelegt wird. Grundsätzlich bedarf es der objektiven Feststellbarkeit und Feststellung, ob ein Spieler im offiziellen DFB-Spielbetrieb spielberechtigt ist. Bei einem Vereinswechsel muß, da ein Spieler gleichzeitig nur für einen Verein spielberechtigt sein darf, ein genauer Zeitpunkt für den Wechsel der Spielberechtigung festgelegt sein, den der DFB nur im Zusammenwirken mit dem abgebenden Verein festlegen kann. Bezeichnenderweise ist hierfür stets, also auch im Amateurbereich, eine Freigabeerklärung des abgebenden Vereins vonnöten. Einen spezifischen Bezug zu Ablösesummen hat die Freigabe nicht.

(1) Darauf stellt LAG Berlin NJW 1979, 2582 unter anderem ab.

Daß bei unberechtigter und rechtswidriger Verweigerung der Freigabe auf Freigabeerklärung, also auf Abgabe einer Willenserklärung (§ 894 ZPO) sowohl für den Profi als auch für den Amateur besteht, (1) zeigt die Unabhängigkeit der Freigabe von der Forderung einer Ablösesumme. Entscheidend bleibt die Forderung einer Ablösesumme.

- (1) so für den Profi zutreffend LAG Berlin NJW 1979, 2584, das den Anspruch aus nachwirkender Vertragspflicht, § 611 BGB und aus § 242 BGB herleitete

### Dritter Teil. Ablösesummen als wirtschaftlicher Wert

#### § 17 Ablösesummen als wirtschaftlicher Wert in Vereinsbilanzen

1.) Der künftige Anspruch auf Transferentschädigung stellt einen wirtschaftlichen Wert dar, der als solcher von den Vereinen verwertet wird. Dies geschieht primär durch die Einstellung des Betrages der Ablösesumme in die Vereinsbilanz. Durch die bilanzrechtlichen Vorschriften sind die Vereine zur vollständigen Deklaration ihres Vermögens und ihrer Verbindlichkeiten, ihrer Aktiva und Passiva verpflichtet; an dieser grundsätzlichen Verpflichtung zur getreuen Bilanzierung des Vereinsvermögens sollte kein Zweifel bestehen. Das Finanzministerium NRW hat durch Erlaß (1) die Vereine steuerrechtlich zur Bilanzierung der Ablösesummen als Anschaffungskosten für ein abnutzbares immaterielles Wirtschaftsgut im Sinne des § 7 EStG angehalten. Entsprechend ist die Ablösesumme als Aktivum zu bilanzieren, (2) wobei nach allgemeinen bilanzrechtlichen Grundsätzen die Ablösesumme zum Niederstwert anzusetzen ist (3) und deshalb die Ablösesumme - als erwarteter späterer Transfererlös - bilanziert wird, die der bilanzierende Verein selbst gezahlt hat. Daß die zu erlangende Ablösesumme beträchtlichen Schwankungen und Unsicherheiten in einer von dem Niederstwertprinzip geforderte vorsichtige kaufmännische Kalkulation stark erschwerenden Weise unterliegt, ist angesichts der Leistungs- und Formschwankungen und Verletzungsrisiken der Fußballsportler offenkundig. Wenn auch Gegenstand der Bilanzierung nicht der Spieler selbst, sondern die - künftige - Forderung und Ablösesumme ist, so gerät doch eine bilanzmäßige Verwertung des Wertes der Spieler und damit in letzter Konsequenz der Spieler selbst in einen Konflikt zum Grundrecht der Menschenwürde.

(1) Erlaß des Finanzministeriums NRW vom 26.7.1974, DB 1974, 2085

(2) Knobbe-Keuk S. 55; Reichert-Dannecker-Kühr Rdn. 1717

(3) Großfeld S. 41, 74; Wöhe S. 56 f.

Dieselbe oberflächliche Unterscheidung zwischen Freigabe und Spieler selbst, die bei der Grundrechtswidrigkeit des Transfers nicht allein maßgebend sein konnte, sondern vor dem Hintergrund der Präzisierung des Normgehaltes des Art. 1 I GG einer Differenzierung zugeführt werden mußte, begegnet uns also auch bei der Bilanzierung von Ablössummen in Gestalt der Unterscheidung zwischen Forderung und Spieler selbst und ist hier ebensowenig tragfähig. Offenkundig ist, daß auch in Vereinsbilanzen technisch nicht der Spieler selbst als Sachwert oder als immaterielles Wirtschaftsgut des Umlaufvermögens erscheint, so daß durch die rechtstechnische Gestaltung der Spieler auch nicht unmittelbar als Objekt oder als Sache (1) behandelt wird. Auf der anderen Seite ist die Grundrechtswidrigkeit eines Lebenssachverhaltes nicht auf Grund der gewährten rechtstechnischen Gestaltung noch gar der Formulierung zu beurteilen, sondern nach ihrem Inhalt. Dabei ist primär für die Frage, ob bereits die Bilanzierung der Ablössummen eo ipso eine Verletzung des subjektiven Grundrechts der Spieler auf Menschenwürde darstellt, entscheidend, daß in einer marktmäßig organisierten Gesellschaft es durchaus unbedenklich ist, wenn einem Spieler ein bestimmter bezifferter Wert zugeschrieben wird, der daraus resultiert, daß der Einsatz qualifizierter und sportliche Leistung bietender Spieler zur Erzielung von Zuschauereinnahmen notwendig ist. Generell muß sich jedermann - und nicht nur Bundesligaspieler - von seinem Arbeitgeber daraufhin einschätzen lassen, welchen wirtschaftlichen Wert seine Arbeitsleistung für den Arbeitgeber erbringt, und diesen Wert als Maßstab für sein Gehalt akzeptieren. Darin liegt noch kein Verstoß gegen die Menschenwürde. Auch eine dingliche Verfügungsgewalt des Vereines über die Arbeitskraft des Spielers wird nicht begründet. (2)

- (1) worin, wie erwähnt, vielfach ein Verstoß gegen den Menschenwürde gesehen wird, so etwa Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 28 f.; Dürig AöR 81 (1956), 127; BVerfGE 27, 6; Bonner Kommentar-Zippelius GG Art. 1 Rdn. 12; Stein § 20 I; Schmidt-Bleibtreu-Klein GG Art. 1 Rdn. 12; Burmeister DÖV 1978, 7; Blödnorn S. 46
- (2) a. A. Westerkamp S. 139, der die Arbeitskraft des Spielers einem Verfügungsrecht des Arbeitgebers unterworfen sieht.

Die Rechtsbeziehungen zwischen Spieler und Verein bleiben nach wie vor schuldrechtlicher Art, ohne daß der Spieler durch die Bilanzierung seines Transferwertes irgendwelchen zusätzlichen Verpflichtungen unterworfen wird. Insbesondere geschieht die Aktivierung des Wertes des Spielers allein auf Risiko des Vereins, ohne daß der Spieler in irgendeiner Weise in Anspruch genommen werden kann, wenn er sich verletzt oder schlecht spielt und dadurch sein Transferwert sinkt. Wenn nach Auffassung von Westerkamp (1) nicht der Wert der Arbeitskraft für den Betrieb geschützt wird, sondern nur der Schaden abgedeckt wird, wenn die Arbeitskraft durch die Konkurrenz verwertet wird, so wird doch der Lizenzspieler gerade nicht im Werte seiner Arbeitskraft für den Verein, bei dem er spielt, erfaßt, sondern in seinem Wert für andere interessierte Vereine, also in seinem Transferwert für die Konkurrenz. Probleme können sich allerdings für die Ablösesummen bilanzierenden Vereine ergeben, wenn die Unsicherheit der Forderung sich in einem Wertverlust der Forderung niederschlägt. Schwankungen auf dem Spielermarkt treten plötzlich und unvermittelt auf, ohne daß sie durch vorsichtige Bilanzierung aufgefangen werden können. In solchen Fällen wird die Bilanzierung einer Forderung auf Transferentschädigung zum Selbstbetrug. Ein, weil nicht mehr zu realisierender, fiktiver Wert dient als Ausweis der Schuldenfreiheit oder solider Gewinne und animiert zu neuen finanziellen Transaktionen und Investitionen, die die Illiquidität des Vereins weiter verschärfen und das Kartenhaus bald zusammenbrechen lassen. Sind die Aufwendungen für Spielergehälter noch kalkulierbar, so sind Aufwendungen und Erträge von Transfers weder in vorsichtiger noch in irgendeiner anderen Weise vorher planbar und bilden so neben den Zuschauereinnahmen die zweite Unbekannte in der finanziellen und bilanziellen Gleichung, die für die meisten Bundesligavereine einen Minussaldo auswirft. Offenbar nehmen jedoch die Vereine diese Nachteile bilanztechnischer Verwertung von Spielertransfers gern in Kauf, würde doch die Nichtberücksichtigung eines berechtigten Anspruchs auf künftige Transferentschädigung in der Bilanz die finanzielle Situation des Vereins ungünstiger aussehen lassen, als sie tatsächlich ist,

(1) Westerkamp S. 139



wobei es aber nur um Probleme zeitlicher Verschiebung geht, da, wenn eine Ablösesumme realisiert wird, sie ohnehin als Einnahme aufgeführt werden muß.

## 2.) Verbale Gleichstellung von Menschen und Sachen

Führt so die Bilanzierung von Ablösesummen nicht zu einer Verdinglichung des Spielers und zu einer Verletzung des Art. 1 I GG, so könnten Bedenken gegen die Bilanzierung noch aus einer verbalen Gleichstellung von Menschen und Sachen in der Bilanz resultieren. Setzt man jedoch voraus, daß Eingriffe in die Menschenwürde eine Beeinträchtigung der sich in der sozialen Kommunikation ereignenden Selbstdarstellung und Selbstfindung als Individuum erfordern, (1) so würde eine Verletzung der Menschenwürde durch verbale Gleichstellung von Menschen mit Sachen einen hinreichenden sozialen Außenbezug einer solchen Maßnahme voraussetzen. Indes sind zunächst Bilanzen von Vereinen nicht dazu da, die Öffentlichkeit zu informieren, sondern sie wenden sich an die zur Prüfung der Vereinsbilanzen befugten Stellen, insbesondere an das Finanzamt, aber auch an den DFB. Die breite Öffentlichkeit wird über konkrete Bilanzdetails nicht informiert. In die Öffentlichkeit dringt allenfalls die Information über den Gesamtschuldenstand des Vereins, nicht aber die konkrete Bewertung des Spielers. Gedankenlosigkeiten im Sprachgebrauch, wie sie im Falle der Bezeichnung des Transfers als "Spielerkauf" (2) den Spieler in seiner Würde treffen können, (3) treten hier nicht in diskriminierender und desavouierender Weise nach außen. Die Schaffung einer Querverbindung von Spielern einerseits und Wirtschaftsgütern andererseits geht auch nicht über den Rahmen einer bloßen Geschmacklosigkeit hinaus.

(1) siehe BVerfGE 27, 7; Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 245 f.

(2) siehe auch Westerkamp S. 158 ff.; Preis S. 62; Burmeister DÖV 1978, 5

(3) siehe oben § 15 6)

Geschmacklosigkeiten fallen tatbestandlich nicht unter Art. 1 I GG.(1) Der Grundrechtsschutz des Art. 1 GG ist, um die Menschenwürde nicht zur "kleinen Münze" (2) verkommen zu lassen, tatbestandlich einzugrenzen. Daß Spieler in Bilanzen neben Waren erscheinen, bedeutet noch keine Herabsetzung in dem Sinne, daß die Spieler damit auf die Ebene von Waren herabgezogen werden. Eine solche Herabsetzung läge nur dann vor, wenn zum ersten das Differenzierungsvermögen derjenigen, die von der Bilanzierung des Anspruchs auf Ablösesummen erfahren, eingeschränkt würde und zum zweiten damit eine verbale Herabsetzung des Spielers als Person, die der Bezeichnung des Transfers als "Verkauf" (3) vergleichbar wäre, verbunden wäre. Der Blick in die Bilanz dürfte das Unterscheidungsvermögen zwischen Menschen und Sachen nicht verändern. Die Bilanz ist auch kein Warenverzeichnis, so daß durch die Aufführung des Transferwertes von Spielern nicht automatisch die Existenz einer entsprechenden Sache suggeriert wird. Dieses Warenverzeichnis ist das Inventar, das § 39 HGB deutlich von der Bilanz abhebt. Umfaßt das Inventar alle Vermögensgegenstände und Schulden mit Angabe ihrer Werte,(4) so ist die Bilanz das Verhältnis zwischen Vermögen und Schulden und daher ein das Reinvermögen anzeigender Abschluß. (5) Bei der Fachsprache des Bilanzrechts handelt es sich um eine Sprache, die sich in termini technici bewegt und nicht in einen oberflächlichen, Menschen und Sachen in eins setzenden Jargon, wie man ihn oft in der Sportpublizistik antrifft, abgeleitet, sondern im Gegenteil nach dem Kriterium des wirtschaftlichen Wertes differenziert. Dieses Kriterium allein ist jedoch nicht bedenklich. Ein verbleibender Rest von Unbehagen ist eher Ergebnis emotionaler Aufladung, die sich aus der Abneigung gegen die Existenz von Ablösesummen überhaupt speist. Dieses Unbehagen gegen die Bilanzierung von Ansprüchen auf - künftige - Transferentschädigung muß normativ, was Art. 1 I GG angeht, unbeachtet bleiben.

(1) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 16, 29; Dürig AöR 81 (1956), 124 f.; vgl. auch BayVerfGH VGHE 2, 93; BayVerfGH BayVBl 1980, 47

(2) Formulierung von Dürig AöR 81 (1956), 124 f.

(3) siehe oben § 15 6.)

(4) Baumbach-Duden HGB § 39 Anm. 1 A

(5) Baumbach-Duden HGB § 39 Anm. 1 B

## § 18 Abtretung der Ablösesummen an Dritte

Gerade die anhaltenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten der meisten Bundesligavereine bringen es mit sich, daß die erzielbaren Ablösesummen als Sicherheit für die Kreditbeschaffung nutzbar gemacht werden. Dabei wird bei der Beschaffung von Barmitteln über die Banken als Ansprechpartner hinausgegangen und versucht, Privatleute innerhalb und außerhalb des jeweiligen Vereins gegen Abtretung des Anspruchs auf Ablösesumme zur Gewährung von Zuschüssen und Darlehen zu motivieren.

### 1.) Abtretung an Banken

Weniger üblich ist die Kreditsicherung durch Abtretung numerisch fixierter Ansprüche auf Ablösesummen an Banken. (1) Anderer Auffassung ist Westerkamp, (2) der, ohne nähere Nachweise zu geben, annimmt, die Abtretung von Ansprüchen auf Ablösesummen an Banken werde immer populärer. Indes scheuen Banken durchweg die in solchen Geschäften verkörperten Risiken. Grund dafür ist nicht, daß der Marktwert, der "numerische Börsenwert" (3) starken und unkontrollierbaren Schwankungen unterworfen ist, sondern daß die Ablösesumme ganz entfallen kann, weil der Spieler etwa verletzt wird oder den Bundesligaleistungsstandard nicht mehr erreicht. Außerdem sind die Ansprüche nicht leicht verwertbar, da der Transfer mehrerer oder aller Spieler die spielerische Substanz des Vereins empfindlich schwächen dürfte oder gar den Verein in das Amateurlager zurückwerfen würde, es sei denn, die erzielten Transfererlöse werden nicht zur Tilgung der Bankschulden, sondern zur Verpflichtung neuer Spieler verwandt.

(1) Westerkamp S. 160 f. weist lediglich auf das Beispiel von Hannover 96 hin.

(2) Westerkamp S. 160 f.

(3) so Westerkamp S. 161; Burmeister DÖV 1978, 5

An einem sportlichen Niedergang des Vereins haben die kreditgewährenden Banken jedoch kein Interesse, da sie dann - vor allem wegen der dann rapide sinkenden Zuschauereinnahmen des Vereins - ihre oftmals in Höhe mehrerer Millionen DM bestehenden Forderungen überhaupt nicht mehr realisieren können. (1) Abtretungen von Ansprüchen auf Ablösesummen an Banken stehen auch nicht im Blickpunkt der Kritik. Zwar wird verschiedentlich die Abhängigkeit der Bundesligavereine von Geldgebern moniert, (2) verantwortlich für diese Abhängigkeit werden jedoch nicht Banken gemacht, sondern private Geldgeber, die sich durch Kreditgewährung Macht und Einfluß erkaufen. (3)

## 2.) Abtretung an Mäzene und Sponsoren

Demzufolge liegt die Problematik der Abtretung von Ansprüchen auf Ablösesummen dort, wo private Mäzene oder Sponsoren den Vereinen Kredite oder verlorene Zuschüsse gewähren und im Gegenzuge sich die künftigen Ablösesummen abtreten lassen. Für die Vereine entstehen wirtschaftliche Engpässe immer dann, wenn sie versucht oder gezwungen sind, die von den Banken gesetzte Kreditlinie zu überschreiten. Die auf Grund der Zurückhaltung der Banken einerseits und der riskanten, hemmungslos optimistischen Kalkulationen der Vereine andererseits entstehenden Finanzierungslücken werden oft durch Mäzene oder Sponsoren geschlossen. Das Handeln dieser privaten Geldgeber wird in nicht zu trennender Weise sowohl von eigennützigen wie uneigennützigen Motiven bestimmt. Wohl kein Mäzen wird erwarten, durch Transaktionen mit Spielern nennenswerte Gewinne zu erzielen; umgekehrt handelt kein Mäzen aus reinster Menschenliebe.

- (1) siehe auch H. P. Westermann S. 21
- (2) Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21; Remhold Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 88 ff.; WN vom 6.2.1981
- (3) Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21; Remhold Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 88 ff.; WN vom 6.2.1981; Burmeister DÖV 1978, 7

Mäzene könne über die Förderung von Sportvereinen unmittelbar oder mittelbar Werbung für ihre Firma betreiben und sich eine persönliche Einflußsphäre schaffen. (1) Wirtschaftliche Spekulation und persönliche Liebhaberei gehen eine untrennbare Verbindung ein. Es sind nun eine ganze Reihe rechtlicher Gestaltungen denkbar, durch die sich Mäzene wegen der gewährten Zuschüsse oder Kredite sichern können.

a) Abtretung von Ablösesummen

aa) Höchstbetrag

Der Anspruch auf Ablösesumme kann bis zu einem bestimmten Betrag - etwa in Höhe des Kredits - abgetreten werden.

bb) Abtretung in voller Höhe

Eine andere Möglichkeit besteht darin, daß ein Mäzen die Ablösesumme für einen bestimmten Spieler zur Verfügung stellt und sich die Ablösesumme aus dem zukünftigen Weitertransfer in voller Höhe inklusive inzwischen eingetretener Wertsteigerungen abtreten läßt. Der wirtschaftliche Effekt ist, daß dieser Spieler dem Mäzen "gehört". Die wirtschaftlichen Konsequenzen dieser Regelung treffen dann nicht mehr den Verein, sondern nur noch den Mäzen.

cc) Misch- und Zwischenformen

Misch- und Zwischenformen zwischen diesen Gestaltungsformen sind unbegrenzt denkbar. So kann etwa vereinbart werden, daß der Gewinn aus dem Transfer zu bestimmten Bruchteilen je dem Verein und dem Mäzen zustehen soll.

(1) siehe Remhold Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 88 f.; Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21

## b) Pfandbestellung und Sicherungsübereignung

Wenn in der Lit. davon die Rede ist, daß Fußballspieler oder Ansprüche auf Ablösesummen verpfändet werden (1) oder Spieler zur Sicherheit übereignet werden, (2) so handelt es sich um Formulierungsfehler, da solche Geschäfte bislang noch nicht vorgekommen sind.

## 3.) Verstärkung der Abhängigkeit der Spieler

Die verfassungsrechtliche Problematik solcher Abtretungen wurde bisher allein von Westerkamp (3) behandelt. Westerkamp kommt zu dem Ergebnis, daß Mäzene ebenso wie die Vereine durch Forderung hoher Ablösesummen Einfluß auf den Arbeitsplatzwechsel nehmen können. Westerkamp beläßt es bei dem Hinweis, dem Spieler könnten gegebenenfalls die Rechte aus § 30 Lizenzspielerstatut genommen werden, (4) ohne zu prüfen, ob darin ein Verstoß gegen Art. 12 GG liegt. Westerkamp übersieht dabei jedoch, daß die Verweigerung der Freigabe und die Forderung einer Ablösesumme von einem anderen Verein, die Art. 12 GG verletzt, immer nur von dem abgebenden Verein und nicht von dem Mäzen vorgenommen werden kann. Auch wenn ein Mäzen Einfluß auf die Vereinsentscheidungen nimmt, so tangiert dies doch vor dem Hintergrund des Art. 12 GG nur die interne Entscheidungsfindung des Vereins, ersetzt diese Entscheidung nach außen jedoch nicht. In Wirklichkeit wird durch die Auffassung Westerkamp's, (5) der den Mäzenen eine nicht näher definierte Beteiligung an der von den Vereinen vorgenommenen Verletzung der Berufsfreiheit der Spieler anlastet, die Rolle der Mäzene bagatellisiert.

(1) Westerkamp S. 160

(2) Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21

(3) Westerkamp S. 159 ff.

(4) Westerkamp S. 162

(5) Westerkamp S. 162 f.

Die Abtretungen an Mäzene haben vielmehr ganz eigenständige Formen der Grundrechtsbedrohung hervorgebracht, die mit der Behinderung der Berufsfreiheit durch die Ablöseforderungen als solche nicht über einen Kamm geschoren werden können. Mittlerweile betrachten sich verschiedene Mäzene bereits als "Eigentümer" von Spielern (1) und sehen in ihnen "Abschreibungsobjekte" (2) und gehen so in ihrem besitzergreifenden Einfluß auf die Spieler über das hinaus, was die Vereine an Entrechtung der Spieler betrieben haben. Hier öffnen sich, von Westerkamp (3) unbemerkt, neue Dimensionen der Verletzung der Menschenwürde. Überaus pointiert wurde die Abtretung von Ablösesummen an Förderer von Burmeister (4) kritisiert, der sich an Formen der Leibeigenschaft erinnert sieht und darin eine Perversion des Rechts sieht. Damit weist Burmeister treffsicher auf die Gefahren einer gedankenlos einherpolternden, mit geschäftiger Selbstverständlichkeit betriebenen Degradierung und Deformierung der Spieler zu "wirtschaftlichem Eigentum" und "Spekulationsobjekten" (5) hin und sieht darin einen Verstoß gegen Art. 1 GG.

#### 4.) Rechtsverletzungen durch Mäzene, Förderer oder Sponsoren

Mäzene sind im allgemeinen bestrebt, auf die Realisierung des ihnen abgetretenen künftigen Anspruchs in der Weise Einfluß zu nehmen, daß sie sich als die eigentlichen "wirtschaftlichen Eigentümer" (6) der Spieler aufführen und typische Kompetenzen des Arbeitgebers wie das Weisungsrecht für sich reklamieren oder - auf Grund ihrer Machtstellung innerhalb des Vereins unwidersprochen - faktisch ausüben. Zum Gebaren der Mäzene gehört es vielfach, die Spieler die eigene Macht und den eigenen Einfluß in demonstrativer Weise spüren zu lassen. Ferner spielen sich Mäzene nur zu gern als "Eigentümer" der betreffenden Spieler auf (7) und sehen die Spieler als ihre "Leibeigenen" an. (8)

(1) siehe Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21

(2) so der Geldgeber von 1860 München, Roland Holly; WN vom 6.2.1981

(3) Westerkamp S. 159 ff.

(4) Burmeister DÖV 1978, 7, 9

(5) Burmeister DÖV 1978, 7

(6) Formulierung von Burmeister DÖV 1978, 7

(7) Burmeister DÖV 1978, 7; Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21

(8) vgl. WN vom 6.2.1981



## § 19 Personale Macht des Mäzens über den Spieler

Personale Macht über den Spieler erhält der Mäzen in der Regel dann, wenn ihm die künftige Ablösesumme in voller Höhe abgetreten ist, so daß er von "Wertsteigerungen" in voller Höhe profitiert. In diesem Falle handelt es sich nämlich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht um ein Kreditgeschäft, bei dem die Zurverfügungstellung von Kapital im Vordergrund steht, sondern um eine direkte Verpflichtung des Spielers durch den Mäzen, der dem Verein den Spieler zur Verfügung stellt. Entsprechend wird auch im Fußballjargon (1) davon gesprochen, daß der Mäzen - und nicht der Verein! - den Spieler "kauft". (2) Für den Verein hat diese Form der Abtretung höchst unangenehme Nebeneffekte. Je "wertvoller" nämlich die betreffenden Spieler werden, desto höher wird die Schuldenlast des Vereins. Gerade in Phasen sportlichen Erfolgs werden Vereine finanzielle besonders belastet. Die Umsetzung dieser wirtschaftlichen Machtposition in konkrete Einflußnahme vollzieht sich informell durch Wahl von dem Mäzen genehmen Personen oder des Mäzens selbst in den Vorstand oder dadurch, daß der Mäzen in Konfrontation zu Trainern und Vereinsführung Einfluß auf zukünftige Transfers, ja auf die Mannschaftsaufstellung nimmt. (3) Ist der Mäzen selbst Vorstandsvorsitzender, so kann er sich mehr oder weniger als "Eigentümer" des Vereins fühlen, da er durch die Abtretung der Ablösesummen und die Einflußnahme auf die Spieler wirtschaftliche Druckmittel in der Hand hat. Neben der Vorstandsposition besitzt der Mäzen dann in den Spielern noch "Privatpfründe", so daß er faktisch in nahezu beliebiger Weise die Spieler unter Druck setzen kann. Das darin liegende Übergewicht an personaler Macht beeinträchtigt die Selbstidentifikation und die Selbstfindung des Spielers.

(1) kritisch dazu Burmeister DÖV 1978, 5

(2) vgl. Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S.21 sowie die unkritische Darstellung bei Westerkamp S. 162

(3) So forderte der Mäzen von 1860 München, Holly, vom Trainer die schriftliche Mitteilung zukünftiger Planungen; WN vom 6.2.1981

Durch die Abtretung des Anspruchs auf Ablösesumme hat der Mäzen gegen den Spieler Druckmittel in der Hand, die über die Befugnisse des Arbeitgebers weit hinausgehen. Sanktionierung und Disziplinierung vollziehen sich im informellen, äußerer Kontrolle sich geschickt entziehenden Bereich; psychologischer Zwang, versteckte Verführung und Anreize zur Selbstpreisgabe von Rechten fangen schon im Vorfeld Ansätze zu einer Wahrnehmung der Rechte des Spielers ab. (1) Sofern der Mäzen Befugnisse oder Machtmittel gegenüber dem Vorstand erlangt, kann der Spieler bei einer Kontroverse zwischen Mäzen und Vereinsvorstand (2) zwischen zwei Stühle geraten. Die faktische Macht, die in einer solchen Situation der Mäzen hat, ohne Arbeitgeber des Spielers zu sein, muß der Spieler gleichwohl berücksichtigen, da sie seine Situation bestimmt. Der Mäzen nimmt, ohne in vertraglichen Beziehungen zum Spieler zu stehen, faktisch Einfluß auf Belange und Geschicke des Spielers. Diese Einflußnahme entzieht sich wegen ihres informellen Charakters weitgehend der Kontrolle. Dadurch wird der Spieler in eine Situation der Selbstentfremdung getrieben. (3) Mangels vertraglicher Beziehungen und damit irgendwelcher Rechte, auf die der Mäzen Rücksicht zu nehmen hätte, bliebe Protest gegen Maßnahmen des Mäzens folgenlos. Umgekehrt garantierte aber nicht einmal grenzenloser Opportunismus gegenüber dem Mäzen eine auskömmliche Situation, denn leicht gerät der Mäzen in Konfrontation mit dem Vereinsvorstand, und dann ist Opportunismus gegenüber beiden Seiten nicht möglich. Auch die Mittelposition einer möglichst getreuen Erfüllung des Arbeitsvertrages ist in diesem Konflikt keine Lösung, existiert doch ein solcher Arbeitsvertrag nur im Rechtsverhältnis zwischen Spieler und Verein, während eine rechtsnormgestaltete Beziehung (4) zum Mäzen nicht vorhanden ist.

- (1) Diese von Burmeister DÖV 1978, 5 allgemein für den Profifußball diagnostizierten Mittel sind besonders im Verhältnis von Mäzenen und Spielern anzutreffen.
- (2) vgl. Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 23; Remhold Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 88 ff.; WN vom 6.2.1981
- (3) vgl. die irritierten Äußerungen von Spielern, die Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21 wiedergibt.
- (4) so die Definition des Rechtsverhältnissbegriffs bei Achterberg Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts S. 144 f. = Rechtstheorie 1978, 387 ff.; Achterberg betont dabei den funktionalen Aspekt, der in der Zuordnung von Rechten und Pflichten zum Ausdruck kommt; vgl. auch Achterberg FS f. Schelsky S. 10

Eine solche Haltung ist vielmehr Flucht in die Scheinwelt geordneter Verhältnisse, die in Wahrheit ungeordnet sind. Als letzte Möglichkeit, sich zu verhalten, bleibt übrig, eben nichts zu tun, sich quasi zum Spielball fremder Interessen machen zu lassen. Diese Haltung der Irritation führt in die Selbstentfremdung. In jener vordergründigen Bedeutung als einer Beachtung der jeweils von außen gestellten Anforderungen (1) kann also der Spieler seine Selbstdarstellung gar nicht bewerkstelligen. Vielmehr geht es um die Ermöglichung der Selbstdarstellung des Spielers in dem Sinne, daß seine eigene Persönlichkeit, sein Selbst und damit seine Würde zum Ausdruck gelangt. (2) In der Menschenwürde manifestiert sich das gelebte Selbstverständnis des Menschen. (3)

Vor dem Hintergrund einer solchen faktischen Entwicklung ist in Frage gestellt, ob der Spieler noch er selbst und für sich selbst ist. Er muß sich zwischen den verschiedenen fremdbestimmten Anforderungen zerreiben. Nicht allein, daß er in Gefahr gerät, nicht mehr zu wissen, was er will, er gerät noch mehr in die Gefahr, nicht zu wissen, was er soll. Seine Rolle und Position gegenüber dem Mäzen bleibt völlig diffus. Nach Meinung von Häberle (4) gebietet Art. 1 I GG, daß der Mensch als Subjekt behandelt wird. (5) Der Subjektcharakter von Menschen wird auch in Kommunikationsbeziehungen wohl nur in Extremfällen totaler Vernichtung und des Massenmordes angetastet. (6)

- (1) worin N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 61 ff., 77, das Problem der Selbstdarstellung vor dem Hintergrund des Art. 1 GG sieht; gegen diese zu oberflächliche Sicht mit Recht Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 246 f.
- (2) siehe Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 246 f.; vgl. auch Walter Schmidt JZ 1974, 244; Staudinger-Schäfer BGB § 823 Rdn. 182
- (3) Häberle Rechtstheorie 1980, S. 420, der allerdings nicht von einem antinomischen Charakter der Konkretisierung der Menschenwürde im Alltag ausgeht, sondern von einer substanziellen Konkretisierung.
- (4) Häberle Rechtstheorie 1980, 409
- (5) Darin liegt die sprachliche Umkehrung der These Dürig's, der Mensch dürfe nicht zum Objekt staatlichen Handelns gemacht werden; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz GG Art. 1 Rdn. 34
- (6) Daß Art. 1 I GG mehr hergibt, als derartige Extremlagen abzuwehren, daß Art. 1 I GG vielmehr auch im Alltag fruchtbar gemacht werden kann, konzediert Häberle, Rechtstheorie 1980, 421 selbst; vgl. auch Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 246 f.

Selbst die systematische Einengung aller Handlungs- und Entscheidungsspielräume des Spielers und die massive unkontrollierbare Intervention in dessen sportliche Angelegenheiten kann mit der Formel vom Objektcharakter bzw. Subjektcharakter des Menschen nicht adäquat erfaßt werden. Die personale Einbringung des Selbst in den kommunikativen Prozeß erfordert weit mehr, als nur Subjekt zu sein. Gerade ein totaler Entzug des Willens des Spielers, wie zu einer Entsubjektivierung nötig wäre, ist in den Fällen der Abhängigkeit von Mäzenen nicht gegeben. So sehr auch Mäzene sich aus persönlichen Gründen, vornehmlich zur Schaffung von Macht und Einfluß engagieren, so wenig tun sie dies durch vordergründige Verknechtung. Personale Macht, die zur Verhinderung der Selbstidentifikation und Selbstfindung des Spielers eingesetzt wird, trägt diese Zielsetzung nicht auf der Stirn geschrieben. Sie funktioniert nur, weil in Formen eigenartiger Symbiose sie sich als Förderung des Vereins und des Fußballsports präsentiert. Abhängigkeit erfordert einen wirtschaftlichen Kontext. Dieser ist die schlechte wirtschaftliche Situation der Vereine, die die Vereine letztlich selbst herbeigeführt haben. Korrekturfaktoren bestehen kaum; der DFB, der eine korrigierende Rolle leicht übernehmen könnte, duldet und billigt wohlwollend Ablösesummen. Der Verlust der Selbstidentifikation wird den Spielern daher oft nicht bewußt. (1) An der Abtretung ist der Spieler nicht beteiligt. Die Kreditsicherung wird über seinen Kopf hinweg betrieben, obwohl doch gerade der Spieler selbst mit seinem fußballerischen Können über seinen Marktwert den Kredit sichert. Ebenso folgenlos wie seine Zustimmung ist auch sein Protest. Es kann gar nicht darum gehen, was die Spieler von Abtretungen ihres Transferwertes halten und wie sie dagegen vorgehen, sondern darum, wie diese Abtretungen sich auf ihre Selbstfindung und damit auf ihre Würde auswirken. Diese Auswirkungen sind aber im Einzelfall so stark, daß wesentlich die rollentranszendente Individualität der Spieler als autonome, selbstverantwortete Persönlichkeiten in Frage gestellt ist.

(1) Bei vielen Spielern ist dieses Bewußtsein durchaus vorhanden; siehe Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21

## § 20 Dingliche Verfügungsmacht des Mäzens über den Spieler

Durch Abtretung werden Privatpersonen - Mäzene, Sponsoren oder private Anleger - Rechtsinhaber der künftigen Forderung auf Transferentschädigung. Da der Wert dieser Forderung allein durch den sogenannten Marktwert des Spielers bestimmt wird, sind diese Personen am sogenannten Wert des Spielers beteiligt und können diesen im Falle eines Transfers liquidieren. Wirtschaftlich gesehen steht ihnen daher der Wert des Spielers zu. Von hier aus bis zu einer Anmaßung einer dinglichen Verfügungsmacht über Spieler ist es nur noch ein kleiner Schritt. Dieser Schritt wird von verschiedenen Mäzenen gezogen. (1) Burmeister sieht sich dabei an Formen der Leibeigenschaft erinnert.

### 1.) Abtretung als Wechsel der Forderungsinhaberschaft

Wirtschaftliches "Eigentum" an Spielern bzw. Leibeigenschaft als Folge der Abtretung können zunächst nur entstehen, wenn bereits die Forderung auf Transferentschädigung vor Abtretung dieselben Wirkungen hatte. Durch Abtretung wird lediglich der Inhaber der Forderung geändert, ohne daß sich am Charakter der Forderung etwas ändert. Die Forderung bleibt nicht nur mit allen Mängeln der Durchsetzbarkeit und Schwankungen der Höhe behaftet, sie bleibt auch in derselben Weise nur mittelbar von der Person des Spielers abgeleitet wie vor der Abtretung. Oben (2) wurde bereits ausgeführt, daß die Ablösesummenregelung als solche weder Leibeigenschaft oder wirtschaftliches Eigentum an den Spielern begründet (3) noch als funktionales Äquivalent zur Leibeigenschaft gesehen werden kann.

(1) Burmeister DÖV 1978, 7; Wiskow Kicker-Sportmagazin 1981, Nr. 12, S. 21

(2) unter § 15 2.), 3.)

(3) a. A. Burmeister DÖV 1978, 5 ff.

Verletzungen menschlicher Würde liegen nicht in der angeblichen Degradierung des Spielers zum Objekt (1) oder zur Ware, sondern in Beeinträchtigungen menschlicher Selbstdarstellung und Selbstkonstituierung. Daran ändert sich durch den Vorgang einer Abtretung nichts. Die besonderen Gefahren, denen die Selbstkonstituierung der Spieler durch den zusätzlichen Einfluß von finanzkräftigen Mäzenen ausgesetzt ist, begründen ebenfalls keine warenhafte Verdinglichung des Spielers. Die Abtretung von Ansprüchen auf Transferentschädigung läßt wohl die grundrechtliche Problematik von Ablösesummen deshalb schärfer hervortreten, weil die Argumente, derer sich die Vereine zur Rechtfertigung der Ablösesummen bedienen, - Ausbildung und Förderung durch den Verein, Unterordnung unter die Regeln des DFB - auf private Mäzene nicht zutreffen. Durch die Abtretung als rechtsgeschäftlichen Vorgang selbst tritt also keine würdeverletzende Leibeigenschaft oder Degradierung eines Menschen zur Handelsware ein. Das schließt nicht aus, daß nach erfolgter Abtretung Mäzene durch ihr würdeverletzendes Verhalten - und nicht automatisch durch den rechtsgeschäftlichen Forderungsübergang - eine quasi dingliche Verfügungsmacht über Spieler erhalten oder zu erhalten bestrebt sind.

## 2.) Rechtsverhältnis zwischen Spieler und Zessionar

Da der Spieler zum Zessionar, also zum Mäzen, in keiner rechtsnorm-gestalteten Beziehung und damit in keinem Rechtsverhältnis (2) steht, erhält der Mäzen durch die Abtretung keine Arbeitgeberbefugnisse über den Spieler. (3) Der Mäzen erhält lediglich die Ablöseforderung, die wirtschaftlich nicht von der Person des Spielers zu trennen ist.

(1) siehe oben § 15 4.)

(2) zum Begriff siehe Achterberg Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts S. 144 f. = Rechtstheorie 1978, 387 ff.; siehe auch Meyer-Hesemann S. 167 ff.; ders., DVBl 1980, 870; außerdem Henke DUV 1980, 622 f.

(3) siehe oben § 19

Die einheitliche Rechtsstellung des Arbeitgebers wird aufgespalten. Die eigentlichen arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Verein und Spieler bleiben bestehen, während das Recht zur späteren wirtschaftlichen Verwertung des Transferwertes des Spielers übertragen wird. Der Mäzen kann ein Interesse daran haben, daß der Spieler zu einem Zeitpunkt transferiert wird, zu dem sein Transferwert etwa durch überdurchschnittliche spielerische Leistungen besonders hoch ist. Da der Transfer aber Ausfluß einer Vertragsaufhebung oder der Weigerung einer Vertragsverlängerung ist und diese arbeitsrechtlichen Beziehungen dem Rechtsverhältnis zwischen Spieler und Verein zuzuordnen sind, kann jedenfalls mit Wirkung gegenüber dem Spieler nur der Verein über einen Transfer entscheiden. Der Abtretungsempfänger erhält mit der künftigen Ablösesummenforderung einen Teil jener Möglichkeiten der Verwertung des wirtschaftlichen Wertes des Spielers, der zuvor dem Verein zukam. Er fühlt sich als wirtschaftlicher Eigentümer der Spieler. (1) Er maßt sich damit eine quasidingliche Herrschaftskompetenz an.

### 3.) Funktionale Äquivalenz zur Leibeigenschaft

Die solchermaßen geprägten Beziehungen zwischen Spielern und Mäzenen erinnern deshalb nicht an einstige Leibeigenschaft, weil für diese gerade die völlige wirtschaftliche Ausbeutung durch den Leihherrn charakteristisch war, die durch die Abgabepflicht und die Grundhörigkeit bestand. Die Einflußmöglichkeiten des Mäzens sind jedoch vom Arbeitsverhältnis isoliert. Seine Macht entfaltet sich im informellen Raum. Nicht Befehl und Gehorsam sind es, die seine Beziehungen zum Spieler prägen, sondern die "sanften", in praxi gleichwohl weit wirkungsvolleren Mittel der informellen Einflußnahme. (2)

(1) Burmeister DÖV 1978, 7

(2) siehe Burmeister DÖV 1978, 5



Dem Fehlen an rechtsnormgestalteten oder von Rechtsnormen wenigstens scheinbar noch gedeckten Befugnissen entspricht die Anmaßung eben-dieser Befugnisse. Gerade dieser Tatbestand ermöglicht den Vergleich zur Leibeigenschaft unter funktionalen Gesichtspunkten. Gerade in der Unterwerfung von Menschen unter den Machtanspruch anderer Men-schen sieht Nipperdey (1) ein Kriterium für die Verletzung des Art. 1 I GG. Die Funktion der Abtretung des Ablösesummenanspruchs besteht nicht mehr nur in der Kreditsicherung, sondern darüber hinaus in der Erlangung unkontrollierter und unkontrollierbarer Macht über den Spieler. Die Funktion der Abtretung ist die Anmaßung einer Rechts-stellung, kraft derer der Mäzen über Selbstverwirklichung und beruf-liche Zukunft des Spielers entscheidet und sich dabei alleine von Aspekten des eigenen wirtschaftlichen Vorteils leiten läßt. Funktional wird durch die Abtretung gleichzeitig persönliche Macht des Mäzens über den Spieler begründet und die Selbstverantwortung des Spielers als freies Individuum ausgeschaltet. Die Abtretung benachteiligt einseitig den Spieler, ohne ihm im Wege eines Leistungsaustausches irgendwelche Vorteile zu gewähren oder eine symbiotische Beziehung wechselseitigen mittelbaren Nutzens zu schaffen. Sie ist durch keine Einwilligung des Spielers gedeckt, (2) wobei bei der Vornahme der Ab-tretung der Umstand ausgenutzt wird, daß eine solche Einwilligung des Spielers nicht notwendig ist. Ist der Spieler so auf Gedeih und Ver-derb und ohne die Möglichkeit der geringsten eigenen Einflußnahme dem Mäzen ausgeliefert, so liegt hierin eine Parallele zu der Rechts-stellung von Leibeigenen, die ebenso zu Mitteln für wirtschaftliche Zwecke ihrer Leibherren instrumentalisiert werden konnten. Selbst-verantwortung und individuelle Selbstfindung werden in beiden Situationen gleichermaßen unterdrückt. N. Luhmann's normativ aus Art. 1 I GG herausinterpretierte Forderung, nur der Mensch könne be-stimmen, was er ist, (3) wird nicht eingelöst.

(1) Nipperdey Die Grundrechte Bd. II S. 10

(2) siehe Burmeister DÜV 1978, 6 f.

(3) N. Luhmann Grundrechte als Institution S. 75

Begreift man unter integrativer Einbeziehung von Rechts- und Sozialwissenschaften (1) funktionale Fragestellungen als sowohl rechtswissenschaftlich wie - empirisch - sozialwissenschaftlich zu analysierende Zweck-Mittel-Reaktionen, so kann von dieser Sichtweise aus gerade die Tatsache, daß es Mäzenen gar nicht um rechtlich begründete und zementierte Einflußmöglichkeiten geht, adäquat erfaßt werden. Nur so wird der quasirechtlich gestaltete Lebensbereich der Beziehung zwischen Mäzen und Spieler normativ überprüfbar. Unter funktionalem Aspekt ist die Abtretung von Ablösesummen an Dritte die Abtretung wirtschaftlicher Interessen und Ansprüche ohne entsprechende Kompetenzen, die dann im Zuge einer rigorosen Machtmanation des Mäzens im faktischen Bereich ergänzt werden. Diese Nachentwicklung von Kompetenzen innerhalb einer rechtlichem Schutz weitgehend unzugänglichen Macht- und Einflußsphäre führt zu Verletzungen des Grundrechts der Menschenwürde (Art. 1 I GG) der betroffenen Spieler, indem letztere einer funktional auf ihre Verunselbständigung und totale Instrumentalisierung für fremde Machtinteressen hin angelegten fremden Einflußsphäre einverleibt werden. Die verdinglichende, Spieler als "wirtschaftliches Eigentum" und als "Abschreibungsobjekte" verharmlosende Sprache steht dabei für die böse Absicht, die noch nicht einmal kaschiert wird. Diese böse Absicht tritt selbständig neben die Absicht der Kredit-sicherung. Indem die Abtretung von Ablösesummen faktisch den reinen Sicherungscharakter transzendiert, wird sie konstitutiv für eine dingliche Verfügungsmöglichkeit, die funktional die Wirkungen einstiger Leibeigenschaft dadurch schafft, daß der Spieler objektiv in eine soziale Beziehung ohne die Möglichkeit, diese Beziehung selbst interaktiv beeinflussen zu können, (2) eingegliedert wird.

Dies bedarf der Präzisierung. Grundrechtswidrig ist nicht bereits die Eingliederung in soziale Institutionen, auch wenn diese den Einzelnen nahezu total in Anspruch nehmen und besonderen Pflichtbindungen unterziehen. (3)

(1) siehe dazu Krawietz *ÖZÖR* 23 (1972), 51; Meyer-Hesemann S. 156 f.; Maihofer *Ideologie und Recht* S. 33 f.

(2) siehe Burmeister *DÖV* 1978, 6 f.

(3) siehe Krawietz *Gedächtnisschrift f. Klein* S. 246, der darauf hinweist, daß im Einzelfall Selbstentfremdung die Folge dieser besonderen Bindungen sein kann. Die rechtsstaatliche Ausgestaltung dieser Rechtsverhältnisse, etwa des Schul- und des Soldatenverhältnisses, führt dazu, daß der Grundrechtsschutz sich auf die Abwehr demütigender Einzelmaßnahmen konzentriert.

Auch in solchen Institutionen bleibt der Einzelne doch selbstverantwortlich handelndes Rechtssubjekt. Der Mäzen als Inhaber der Ablösesummenforderung gliedert den Spieler seiner Herrschaftssphäre ein, indem er ihn mittelbar über die Möglichkeit der späteren Verwertung seines wirtschaftlichen Wertes auf dem Transfermarkt seinem Vermögen eingliedert. Der Spieler wird so nicht als selbständiges und selbstverantwortliches Wesen behandelt, sondern dem Machtanspruch eines anderen unterworfen. (1) Seine soziale Konstitution als individuelle Persönlichkeit (2) ist vor allem gefährdet. Eine solche quasi-dingliche Eingliederung des Spielers in das Vermögen des Mäzens bzw. des Sponsors verstößt daher gegen das Grundrecht der Menschenwürde des Spielers aus Art. 1 I GG.

#### 4.) Differenzierung nach Fallgruppen entwürdigender Machtanmaßung

Allerdings ist die Verletzung der Menschenwürde nicht die automatische Folge der Abtretung. Die Abtretung von Ansprüchen auf künftige Transferentschädigung pauschal als verfassungswidrig anzusehen, hieße, nur formal auf die Übertragung der Forderung abzustellen. Durch die Übertragung der Ablöseforderung wird eine Situation besonderen Einflusses des Mäzens geschaffen, die unter bestimmten Voraussetzungen zu Verletzungen der Menschenwürde des Spielers führt. Dabei spielt wegen der verschiedenen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten die Art der Abtretung insoweit eine Rolle, als sie unterschiedliche Möglichkeiten der Einflußnahme des Mäzens und damit der Verletzung der Menschenwürde des Spielers eröffnet. Diese unterschiedlichen Gestaltungsformen führen zu unterschiedlichen typischen Grundrechtsverletzungen.

(1) vgl. Nippderdey Die Grundrechte Bd. II S. 11

(2) diese sieht Krawietz Gedächtnisschrift f. Klein S. 246 als durch Art. 1 I GG im Besonderen geschützt an.

a) Art und Umfang der Abtretung

Die oben beschriebenen Grundrechtsverletzungen treten vor allem dann auf, wenn dem Mäzen die Ablösesummenforderung entweder ganz oder teilweise unabhängig von Höchstbeträgen abgetreten wird, so daß der Mäzen bei einer Wertsteigerung des Spielers einen Gewinn erzielt. (1) In diesem Fall steht mehr das spekulative Moment als das der Kreditsicherung im Vordergrund. Zu der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Vereine gesellt sich eine besondere Abhängigkeit der Spieler von dem Mäzen, der sich als wirtschaftlicher Eigentümer des Spielers versteht. (2) Dabei wird der Spieler in würdevoller Weise in die Herrschaftssphäre des Mäzens eingegliedert. An einer solchen Eingliederung in das Vermögen des Mäzens fehlt es, wenn der Anspruch auf Ablösesumme nur bis zu einem bestimmten Höchstbetrag (3) abgetreten wird. In diesem Fall ist die Forderung des Mäzens gegen den Verein der Höhe nach durch den von dem Mäzen dem Verein zur Verfügung gestellten Betrag begrenzt. Von Wertsteigerungen des Spielers profitiert der Mäzen nicht. Die Wirkungen dieser Art von Abtretung können jedoch der unbegrenzten Abtretung dann gleichkommen, wenn der Wert der Spieler sinkt. In diesem Fall sind die Spieler für den Mäzen in gleichem Maße Spekulationsobjekte. Dennoch kann von funktionaler Äquivalenz zur Leibeigenschaft deshalb nicht gesprochen werden, weil der Spieler durch diese Form der Abtretung dem Mäzen gerade nicht "gehören" soll, sondern der Mäzen nur einen in der Höhe begrenzten Anspruch erhalten soll. Wohl können aber auch bei dieser Form der Abtretung die oben unter § 19 bezeichneten Verletzungen der Menschenwürde durch Beeinträchtigung der individuellen Selbstdarstellung auftreten. Diese im informellen Bereich vorgenommenen Würdeverletzungen sind von der Art der vorgenommenen Abtretung im wesentlichen unabhängig und resultieren allein aus dem - jeweils nach Lage des Einzelfalles unterschiedlichen - persönlichen Verhalten des Mäzens.

(1) siehe oben § 18 2.) b) bb)

(2) Burmeister DÖV 1978, 7

(3) siehe oben § 18 2.) b) cc)

b) Die Typizität der Würdeverletzungen als Folge der Abtretung

Die quasi verdinglichende Eingliederung des Spielers in das Vermögen des Mäzens tritt nicht automatisch mit der Abtretung ein.<sup>(1)</sup> Sie ist aber nicht nur von der Art der Abtretung abhängig, sondern auch Folge der Tatsache, daß die einheitliche Rechtsstellung des Arbeitgebers - Vereins - in die Inhaberschaft der Ablösesummenforderung und die Arbeitgeberkompetenzen aufgespalten wird. So entwickelt sich mehr oder weniger zwangsläufig die soeben beschriebene Abhängigkeit des Spielers von den spekulativen Interessen des Mäzens. Mit der Abtretung der Ablösesummenforderung wird ein Prozeß eingeleitet, der mit der Anmaßung des Mäzens wirtschaftlicher Eigentümer der Spieler zu sein, folgerichtig endet. Dieser Prozeß ist vom guten oder bösen Willen des Mäzens weitgehend unabhängig. Auf diese Weise führt die Abtretung von Ablösesummen jedenfalls dann, wenn dem Mäzen der Transfererlös ganz oder zu einem prozentualen Anteil gebühren soll, zu einer Verletzung der Grundrechte der Menschenwürde der Spieler.

c) Mögliche weitere wirtschaftliche Verwertungsformen des Anspruchs auf Ablösesumme

Finanzielle Not macht erfinderisch. Die Prämisse der Existenz von Ablösesummen und ihrer Abtretbarkeit animiert offenbar die am Profifußballsport Beteiligten zu immer neuen rechtlichen Konstruktionen der Finanzierung und Kreditsicherung im Bundesligageschäft. Der spekulative Charakter der Ablösesumme, <sup>(2)</sup> die je nach Leistung und Alter des Spielers schwankt, verführt dazu, Fußballspieler dem breiten Publikum als Spekulationsobjekt anzubieten. Dieser Weg wurde jetzt von Eintracht Braunschweig beschritten. Mit dem Slogan "Verdienen Sie mit unserer Profimannschaft" wirbt eine Publikums-KG um Anteilszeichner, die sich an dem wirtschaftlichen Ergebnis aus der Abwicklung der Spielertransfers beteiligen und steuerliche Abschreibungen vornehmen können. <sup>(3)</sup>

(1) siehe oben § 20 3.)

(2) siehe Burmeister DÖV 1978, 5; Westerkamp S. 161

(3) H. Meyer Kicker-Sportmagazin 1982, Nr. 8, S. 7

Mit diesem Projekt wird der Weg zur uneingeschränkten finanziellen Spekulation mit Ablösesummen gewiesen. Man könnte sich noch weitergehende Produkte unternehmerischen Erfindungsgeistes in der totalen Bewältigung von Ablösesummen vorstellen; allein versagt hier die Phantasie ihre Gefolgschaft. Es genügt, die Entwicklungstendenz zu kennen. Die rechtliche Beurteilung von Ablösesummen muß sich auf diese Vorkommnisse wie auch auf weitere Entwicklungen einstellen. Sie muß mehr sein als nachträgliche Fehlerkorrektur. Es ist zu hoffen, daß die Rechtspraxis die Verfassungswidrigkeit von Ablösesummen wie ihrer Abtretbarkeit im jeweiligen Einzelfall zur Geltung bringt, um auch zukünftige Fehlentwicklungen im Ansatz zu verhindern.





## Lebenslauf

Am 10. 9.1956 wurde ich als erstes von 2 Kindern des Steuerberaters Günther Schennen und der Hausfrau Marianne Schennen geb. Georges in Münster geboren. Nach dem Besuch der Volksschule von 1963 bis 1966 wechselte ich zum Wilhelm-Hittorf-Gymnasium in Münster, an dem ich am 4.6.1975 die Reifeprüfung ablegte. Vom Wintersemester 1975/76 bis zum Sommersemester 1980 studierte ich Rechtswissenschaft, Philosophie und Musikwissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Das erste juristische Staatsexamen legte ich am 17.12.1980 ab. Vom 1.10.1981 bis zum 30.9.1983 absolvierte ich den Vorbereitungsdienst.

Am 16.12.1984 legte ich die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt Nordrhein-Westfalen ab. Seitdem bin ich als Rechtsanwalt tätig.











